



Letícia Borges Silveira

A MARCA NA DEFINIÇÃO DA PRESTAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONSUMO

Dissertação com vista à obtenção do grau de

Mestre em Direito na especialidade de

Ciências Jurídico-Empresariais

Orientador:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2016

Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Letícia Borges Silveira

**A MARCA NA DEFINIÇÃO DA PRESTAÇÃO NOS
CONTRATOS DE CONSUMO**

Dissertação com vista à obtenção do grau de
Mestre em Direito na especialidade de
Ciências Jurídico-Empresariais

Orientador:

Doutor Jorge Morais Carvalho, Professor da Faculdade de Direito da
Universidade Nova de Lisboa

Setembro 2016

Declaração anti plágio

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada. Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

15 de Setembro de 2016,

Letícia Borges Silveira

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Morais Carvalho, que desempenhou verdadeiramente o papel de orientador, por toda a Sua ajuda, desde a escolha do tema até à entrega final.

Aos meus pais um especial obrigada, por me incentivarem na realização deste trabalho e em tudo aquilo que me comprometo a fazer.

À minha irmã, obrigada pelo enorme apoio que tem sido desde o dia que me inscrevi na faculdade, sem ela não chegaria aqui.

Ao João Pedro, por me apoiar sempre, mesmo quando isso significa a minha ausência.

Aos meus amigos e amigas, que acreditam em mim de uma forma inexplicável. Em especial, à Ana Catarina, que foi um pilar ao longo desta “estadia” em Lisboa.

Aproveito para agradecer à Professora Ana Paula Santos Pamplona, que sempre acreditou em mim e que se tornou uma conselheira ao longo da minha formação.

Modo de citar e outros esclarecimentos

As obras citam-se pelo autor, título, edição, editor, data e pela página ou páginas.

A numeração das obras é contínua.

As decisões judiciais citam-se pelo tribunal, número de processo, data e relator.

As traduções, a não ser que tal seja afastado, são feitas pela autora.

O presente texto não se encontra, por escolha da autora, redigido em consonância com o novo acordo ortográfico.

Abreviaturas

AAVV	Autores Vários
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
CPI	Código da Propriedade Industrial
Cfr.	Conforme
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
LDC	Lei de Defesa do Consumidor
N.º	Número
P.	Página
Pp.	Páginas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Declaração de caracteres

Declaro que esta dissertação tem o total de 191.571 caracteres, incluindo notas de rodapé e espaços.

Resumo

O direito do consumo e o direito da propriedade industrial cruzam-se diariamente quando consumidores e marcas interagem no mercado.

Com o estado de desenvolvimento actual das redes de distribuição de produtos e serviços, a situação mais comum é o vendedor não ter qualquer poder para controlar a publicidade que é feita aos produtos e serviços que vende.

Desta forma, importa averiguar, em caso de conflito, quais as declarações que vão prevalecer: as declarações feitas na publicidade ou as declarações feitas pelo vendedor aquando da celebração do contrato.

Abstract

The consumer law and industrial property law intersect daily when consumers and brands interact in the market.

With the current state of development of distribution networks for products and services, the most common situation is when the seller does not have any power to control the advertising that is made to the products and services he sells.

Thus, in case of conflict, it is important to know which statements will prevail: the statements made in advertising or statements made by the seller when the parties are in negotiation.

Índice

Introdução	1
 PARTE I - A MARCA	5
Capítulo I - Noção de marca.....	6
Capítulo II - Os princípios	13
1.1. O princípio da distinção.....	14
1.2. O princípio da especialidade	17
1.3. O princípio da novidade	20
1.4. A licitude e a verdade	21
Capítulo III - O conceito sociológico de marca	25
Capítulo IV - As funções da marca.....	31
2.1. A função económica da marca.....	32
2.2. As funções jurídicas da marca	33
2.2.1 A função distintiva da marca	33
2.2.2. A função de garantia de qualidade da marca.....	36
2.2.3. A função publicitária	37
 PARTE II - A VENDA DE BENS DE CONSUMO E GARANTIAS - O	
Decreto-Lei n.º 67/2003	40
Capítulo V - Âmbito de aplicação e objectivos	41
Capítulo VI - A conformidade	50
3.1. Presunção de não conformidade	53
3.1.1. A correspondência	54
3.1.2. Adequação	57
3.1.3. Idoneidade.....	57
3.1.4. Qualidade e desempenho	58
3.1.4.1. Qualidade	60
3.1.5. Conceito de conformidade	62
3.1.6. Momento relevante.....	62
Capítulo VII - Os direitos do consumidor em caso de desconformidade	65

4. Os direitos em caso de desconformidade	66
4.1. A reparação do bem	68
4.2. Substituição do bem	69
4.3. Redução do preço	70
4.4. Resolução do contrato	71
4.5. Prazos	71
4.6. Indemnização	72
4.7. Responsabilidade do produtor	73
PARTE III - A PUBLICIDADE	77
Capítulo VIII - O conceito de publicidade	78
Capítulo IX - Os princípios da publicidade	83
5.1. O princípio da licitude	84
5.2. O princípio da identificabilidade.....	85
5.3. O princípio da veracidade.....	85
Capítulo X - A publicidade enganosa	88
PARTE IV - CONCLUSÕES.....	95
Bibliografia	104

Introdução

Na realização desta dissertação o principal objectivo é determinar o papel da marca na definição da prestação do contrato de consumo celebrado.

A grande maioria dos bens industriais é explorada economicamente e consubstanciada em bens materiais cujo destinatário final é o consumidor. Esta situação cria uma intercepção entre o direito do consumo e da propriedade industrial.

Muito desenvolvido nas últimas décadas, o ramo do direito do consumo^{1,2} tem como principal objectivo pautar as relações de consumo, por nela existirem desequilíbrios^{3,4,5,6} significativos.

Apesar das suas especificidades, este ramo do direito insere-se no direito civil⁷, pelo que lhe são aplicáveis as disposições do CC em tudo o que não esteja previsto concretamente, afastando assim a aplicação das normas daquele código. Também o direito da propriedade industrial⁸,

¹ Afirmamos desta forma pois defendemos que o direito do consumo subsiste no ordenamento jurídico com autonomia. Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, pp. 36 e 37.

² Está em causa a regulamentação da produção e distribuição de bens, bem como a prestação de serviços, tendo em vista a defesa do consumidor. MONTEIRO, António Pinto, *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal*, in *Estudos do Direito do Consumidor* – n.º 4, Centro de Direito do Consumo, 2002, p. 121.

³ Não defendemos que existe uma parte mais fraca na celebração do contrato de consumo, porque essa visão parece remeter automaticamente para um cariz económico. Desta forma, defendemos antes que um dos alicerces da existência do direito do consumo subjaz no conhecimento consideravelmente diferente relativamente ao produto ou serviço em causa objecto do contrato de consumo celebrado e só o vendedor pode disponibilizar essa informação concreta ao consumidor, por estar em seu poder.

⁴ Luís Silveira Rodrigues justifica que o consumidor seja a parte mais fraca pela falta de informação que tem, uma vez que os profissionais têm mais meios ao seu dispor, seja porque estão melhor informados sobre o seu negócio, seja porque os consumidores têm pouca capacidade de negociar as condições. RODRIGUES, Luís Silveira, *Defesa do Consumidor e Direito Industrial*, in *Direito Industrial* – VOL III, Almedina, 2003, p. 257.

⁵ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2011, pp. 281-282.

⁶ «Um dos factores determinantes da fragilidade contratual do consumidor é justamente a sua falta de informação e de educação». OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, 2002, p. 65.

⁷ Neste sentido, CARVALHO, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, pp. 36 e 33.

⁸ «O direito industrial é o sub-ramo do direito comercial que surgiu para resolver um problema que se manifestava com particular especificidade: a necessidade de proteger os modos de

inserido no direito comercial, desenvolveu-se muito nas últimas décadas devido à Revolução Industrial, responsável pela produção em série e pela salvaguarda da posição dos criadores das invenções e, nomeadamente, dos direitos do titular da marca que actua no mercado e se dirige aos consumidores⁹.

Numa sociedade onde todos nós somos consumidores diários e a publicidade é comum no nosso quotidiano, as marcas assumem relevância crucial. Neste sentido, no palco que é o mercado, consumidores e marcas são actores principais que interagem diariamente.

Decorridos mais de quarenta anos após a primeira proposta de lei sobre a promoção e defesa dos direitos do consumidor, a realidade actual está bastante mudada. Em primeiro lugar, o nível de consumo cresceu significativamente. Independentemente de se fazer uma análise à crise financeira que actualmente se vive, a capacidade de compra (mesmo que seja feita com recurso ao crédito ao consumo) é mais elevada comparativamente a décadas passadas. Por exemplo, o consumo final em 2015 aumentou dois por cento em comparação ao ano de 1995¹⁰. Em segundo lugar, os meios e técnicas de publicidade são mais agressivos e intromissivos na vida dos consumidores.

Não restam dúvidas de que marcas e consumidores têm presença no mercado e as primeiras dependem dos segundos para subsistir. As marcas dependem, não em termos jurídicos mas económicos, dos consumidores. Sem os consumidores as marcas não têm capacidade

afirmação económica da identidade da empresa. Essa protecção concretiza-se por duas vias distintas: pela atribuição de direitos privativos [...] e pela proibição de determinados comportamentos concorrenciais». GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 20.

⁹ «A doutrina quase unânime considera que os interesses dos consumidores só indirectamente são tutelados no direito industrial que terá como objectivo principal a protecção dos concorrentes». RODRIGUES, Luís Silveira, *Defesa do Consumidor e Direito Industrial*, in *Direito Industrial – VOL III*, Almedina, 2003, p. 256.

¹⁰ Informação disponível na base de dados Pordata, <http://www.pordata.pt/Europa/Consumo+final+total++p%C3%BAblico+e+privado+em+percentagem+do+PIB-1768-209094>.

financeira para se manterem no mercado. De facto, as marcas têm interesse directo em assegurar a qualidade dos seus produtos, de forma a manterem e melhorarem os níveis de vendas, permitindo-lhes rentabilidade financeira, que é o factor essencial para se manterem no mercado.

De facto, nas normas do direito do consumo, por vezes, subjazem interesses económicos, protegendo-se assim não só os interesses dos consumidores, mas também o desenvolvimento da economia como um todo¹¹.

Parece-nos que é possível estarmos perante um ponto de conflito entre direito do consumo e direito da propriedade industrial, pois os seus objectivos serão diferentes (resta saber se antagónicos): o primeiro ambiciona proteger os interesses do consumidor¹², pretendendo que prevaleçam as declarações do vendedor, enquanto que à marca será preferível que a sua publicidade (na qual tanto investe monetariamente) contenha todas as declarações pré-negociais.

O que está sempre em causa é a celebração de um contrato de consumo, seja de compra e venda ou de prestação de serviços. Tal facto remete-nos imediatamente para a existência de prestações. A verdade é que muitas vezes, senão na maior parte das vezes, devido às redes de distribuição que consagram hoje as redes de distribuição modernas¹³, o consumidor não celebra o contrato de consumo directamente com a marca. Desta situação, vários conflitos podem surgir.

A questão emergente é saber qual a informação que deve prevalecer: a que o titular da marca anuncia, através da sua publicidade

¹¹ Tome-se como exemplo a «Carta do Conselho da Europa sobre a Protecção do Consumidor» que, no seu ponto quatro inicial, assume como objectivo evitar prejuízos nas trocas comerciais.

¹² Aspecto que não significa que as normas em causa protejam apenas e somente os consumidores.

¹³ Actualmente as redes de distribuição modernas consagram-se através de centros comerciais, supermercados e, em geral, grandes retalhistas, ou através do comércio electrónico. Tais redes contrapõem-se às redes de distribuição tradicionais, que desenvolvem o mercado através de pequenas lojas locais.

ou a que o vendedor declara; as características descritas ou as que o vendedor sabe que o produto tem; em suma, importa concluir se tem ou não a marca poder suficiente para definir a prestação do contrato de consumo que será celebrado.

PARTE I
A MARCA

Capítulo I

Noção de marca

A revolução industrial implicou o início da produção em série de produtos e o desenvolvimento de uma economia de mercado, que sofreu fortes alterações até chegar ao estado actual¹⁴. Como consequência directa dessa produção em série, simultaneamente originada e consequente das alterações à economia de mercado, surgiu a necessidade de distinguir os produtos que circulam no mercado¹⁵.

Numa economia de mercado, as empresas produzem produtos e oferecem serviços idênticos para concorrerem entre si, nascendo a necessidade de distinguir os seus produtos das restantes empresas, sendo a marca o expediente mais adequado. «Neste ambiente mercantil feroz, a concorrência entre empresas surge influenciada e condicionada por factores imateriais, tornando a defesa dos direitos de propriedade industrial urgente»¹⁶.

A marca «constitui o primeiro e mais importante dos sinais distintivos do comércio»¹⁷. De facto, a marca é um conceito extenso, que se caracteriza principalmente pela função de demarcar ou distinguir¹⁸. Esta função da marca serve para diferenciar a origem dos produtos ou serviços que estão ao dispor do consumidor¹⁹. Parece-nos, aliás, que o objectivo final do titular da marca é sempre o impacto que esta terá nos consumidores, pois, de resto, a meta sempre será a celebração do contrato^{20,21}.

¹⁴ É exactamente nesta altura que surgem marcas que ainda hoje se mantêm enquanto verdadeiros impérios, nomeadamente «Coca-Cola», «Singer» e «Kodak». BLANCKETT, Tom, *O que é uma marca?*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 15

¹⁵ GONÇALVES, Luís M. Couto, *Função Distintivo da Marca*, Coleção teses, Almedina, 1999, p. 25.

¹⁶ CRUZ, António Côrte-Real, *Defesa da Marca*, in *Direito Industrial – VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 80.

¹⁷ OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Almedina, 2ª edição, Almedina, 2005, p. 71.

¹⁸ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial vol.II Direito Industrial*, 1988, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p.139.

¹⁹ OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Almedina, 2ª edição, Almedina, 2005, p. 71.

²⁰ Este é o motivo pelo qual afirmámos, inicialmente, que as marcas não sobrevivem, não em termos jurídicos naturalmente, sem os consumidores, já que o objectivo é sempre atingir determinados níveis de vendas, para gerar lucro às empresas que detêm as marcas.

²¹ No mesmo sentido, OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, 2ª edição, Almedina, 2005, p.75.

Pedro Sousa e Silva²² adianta que o uso da marca pretende transmitir uma informação, seja de que natureza for, nomeadamente a indicação da qualidade, certificação de um pagamento, ou ainda para identificar produtos ou serviços, distinguindo-os de outros análogos concorrentes.

Actualmente, «a marca pode ser constituída por sinal, ou conjunto de sinais possíveis de serem representados graficamente, nomeadamente palavras, incluindo nomes de pessoas, desenhos, letras, números, sons, a forma do produto ou da respectiva embalagem, desde que sejam adequados a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa dos de outras empresas. Além disso, a marca também pode ser constituída por frases publicitárias para os produtos ou serviços, desde que tenham carácter distintivo, independentemente da protecção que lhe seja reconhecida pelos direitos de autor»^{23,24,25}.

No mesmo sentido W.R.Cornish^{26,27} afirma que, actualmente, a grande generalidade dos bens provém de empresas concorrentes entre si. Motivo pelo qual os titulares das marcas normalmente utilizem-nas para distinguir os seus produtos dos bens das restantes empresas que actuam no mercado.

Da definição legal de marca é possível subtrair duas grandes características: por um lado, a marca pode tomar a forma os mais

²² SILVA, Pedro Sousa e, *Sinal e Marca, as marcas não tradicionais*, in *Direito Industrial –VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 363.

²³ Art. 222.º do CPI.

²⁴ A definição do actual CPI corresponde, em larga medida, à definição presente no art. 2.º da Directiva 89/104/CEE - Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (89 / 104 /CEE).

²⁵ «O consumidor percebe a marca como sendo um sinal que identifica um objecto como pertencente a um conjunto, em que todos estão assinalados com a mesma marca». ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de, *Marca de Prestígio, Marca Notória e Acordo ADPIC/TRIPS*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 65.

²⁶ CORNISH, W.R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Thomson, 1999, p. 597.

²⁷ Neste sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p.364.

diversos sinais²⁸, sendo, aliás, o elenco meramente exemplificativo e não taxativo²⁹; por outro lado, o sinal ou os sinais que constituam a marca devem ser idóneos a distinguir os produtos ou serviços de uma empresa face aos de outras empresas³⁰. Neste sentido, a disposição do CPI admite, desde logo, a função distintiva da marca^{31,32,33}, sendo que se confunde até a noção legal com a função distintiva, já que a segunda é intrínseca da primeira.

Por sua vez, o princípio de liberdade da constituição de marcas tem a limitação criada pela exigência de representação gráfica, que facilmente é ultrapassada pelos sinais tradicionais, mas com mais dificuldade é dominada pelos sinais mais modernos, como é o caso dos sinais sonoros³⁴.

Inicialmente apenas era admitido o registo das marcas nominativas, figurativas e mistas, *i.e*, das marcas tradicionais. No entanto, actualmente já são admissíveis as tridimensionais e as sonoras, sendo ainda debatida a possibilidade das marcas olfactivas, tácteis, gustativas, dinâmicas e holográficas³⁵.

Actualmente o registo de sinal tridimensional, baseado na forma do produto ou da sua embalagem, é aceite pelo art. 222.º do CPI. Da

²⁸ Note-se que hoje já são admitidos sinais sonoros, não sendo ainda, porém, aceites sinais olfativos.

²⁹ Neste sentido, CARVALHO, Maria Miguel, “Novas” Marcas e Marcas não Tradicionais: *objeto*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 217.

³⁰ A exigência de representação gráfica justifica-se por razões de ordem técnica e de segurança jurídica, bem como facilita a apreciação do pedido de registo como marca. CARVALHO, Maria Miguel, “Novas” Marcas e Marcas não Tradicionais: *objeto*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 221

³¹ No mesmo sentido, ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial vol. II Direito Industrial*, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p.139.

³² «A legislação sobre marcas foi muito influenciada pela Directiva do Conselho n.º 89/104/CEE, de 21 de Dezembro de 1988 (transporta pelo CPI de 1995), entretanto revogada pela Directiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Outubro de 2008». VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, Almedina, 2015, p. 388.

³³ Neste sentido, VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p.388.

³⁴ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 388.

³⁵ SILVA, Pedro Sousa e, *Sinal e Marca, as marcas não tradicionais*, in *Direito Industrial –VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 365.

mesma forma são aceites os sinais sonoros que, no entanto, levantam problemas de representação gráfica, por não serem visualmente perceptíveis³⁶. Porém, o seu registo é possível desde que o som possa ser reproduzido graficamente, respeitando assim o art. 234.º do CPI³⁷.

Apesar de algumas barreiras tradicionais terem sido ultrapassadas, alguns sinais ainda não são admissíveis a registo, como é o caso das marcas olfactivas. O registo de um sinal olfactivo levanta grandes dificuldades na medida em que a capacidade distintiva do mesmo é duvidosa, bem como a sua representação gráfica³⁸.

O requisito da representabilidade gráfica é absolutamente crucial no sistema de marcas vigente, que funciona com base na plataforma de dados que permite identificar e publicitar as marcas registadas³⁹, de forma a não ser registado sinal semelhante a outro anteriormente registado.

O art. 223.º do CPI por sua vez exclui algumas situações em que um sinal não pode ser considerado suficiente para ser registado. Assim, os sinais que não podem ser registados como marcas são excepções à liberdade na constituição das marcas, contemplando sinais que não têm capacidade para diferenciar produtos de uma empresa dos produtos de outras empresas ou que pela sua própria natureza devem ser livremente utilizados por todos os concorrentes no mercado⁴⁰.

No mesmo sentido que afirmámos anteriormente, as marcas não podem ser desprovidas de qualquer carácter distintivo, pois se o fossem,

³⁶ CARVALHO, Maria Miguel, “*Novas*” Marcas e Marcas não Tradicionais: objeto, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 242.

³⁷ GONÇALVES, Luís Couto, *Objecto. Sinais Protegíveis. Modalidades*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 288.

³⁸ CARVALHO, Maria Miguel, “*Novas*” Marcas e Marcas não Tradicionais: objeto, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 230.

³⁹ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 150.

⁴⁰ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 392.

não poderiam cumprir a função que é assumida no art. 222.º do CPI⁴¹. Não podem ainda satisfazer as exigências do art. 222.º do CPI os sinais que sejam constituídos tão só pela forma que resulta da natureza do produto, pela forma necessária para obter um certo resultado técnico ou pela forma que dê valor ao produto (art. 223.º, n.º 1, b CPI).

Também não podem constituir marcas os sinais que sejam indicações para designar a espécie, qualidade, quantidade, destino, proveniência geográfica, época ou meio de produção do produto ou prestação do serviço ou outras características (art. 223.º, n.º 1, c CPI).

Ora, facilmente se compreende que algumas destas limitações ligam-se directamente ao facto de constituírem outros sinais do comércio, nomeadamente denominação de origem e indicações geográficas (arts. 305.º e seguintes do CPI), enquanto que outros serão somente indicações relativas à compra em concreto, como a quantidade. Desta forma, todos são incapazes de cumprir os requisitos do art. 222.º do CPI.

Finalmente, o art. 223.º, n.º 1, alíneas d) e e), do CPI, dita a inadmissibilidade de sinais ou indicações que se tenham tornado usuais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio, as cores em estado normal, dizeres e outros elementos de forma peculiar e distintiva, que não são, por si só, idóneos a cumprir a função distintiva.

De uma forma muito sucinta, face à disposição consagrada no CPI, a marca é o sinal distintivo que serve para identificar o produto ou o serviço. O objectivo do titular da marca é que o seu produto, que está no mercado, seja identificado pelo consumidor como pertencendo a certa marca, à qual, através de outros expedientes, nomeadamente o publicitário, o titular do registo da marca quer que lhe sejam associados certas características.

⁴¹ Neste sentido, VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 392.

Por um lado, as marcas podem distinguir-se entre nominativas, figurativas e mistas. As marcas nominativas são compostas apenas por palavras ou letras, comparadas ao nível do plano visual, fonético e ideográfico⁴²; as marcas figurativas contemplam apenas imagens ou símbolos, criando um efeito visual; por fim, as marcas mistas, naturalmente, são compostas por elementos nominativos e figurativos^{43,44}.

Por outro lado, é possível fazer outra divisão entre tipos de marcas, aquelas que são simples, compostas apenas por um género de sinal – nominativo ou figurativo – e as complexas⁴⁵ – compostas por ambos os tipos de sinais⁴⁶, correspondendo assim à definição de marcas mistas.

Em traços gerais, com o registo da marca, o seu titular tem um direito exclusivo do uso sobre a mesma, podendo impedir terceiros de o fazerem sem o seu consentimento (exceptuando-se os contratos que celebrar, nomeadamente a licença da marca, consagrada no art. 262.º e seguintes do CPI)⁴⁷.

⁴² GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 242.

⁴³ OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Almedina, 2ª edição, Almedina, 2005, p. 110.

⁴⁴ Informação disponível no site do Instituto Nacional da Propriedade Industrial, <http://www.marcasepatentes.pt/index.php?section=126>.

⁴⁵ O TRL já afirmou que «são marcas simples as compostas por um único sinal, nominativo ou figurativo; são marcas complexas as que contêm uma pluralidade de elementos, podendo ser todos nominativos, ou todos figurativos, ou pertencerem a ambos os tipos referidos». TRL, processo n.º 10288/2008-7, datado de 17-02-2009, relator Rosa Ribeiro Coelho, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁶ OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Almedina, 2ª edição, Almedina, 2005, p. 71.

⁴⁷ <http://www.marcasepatentes.pt/index.php?section=125>.

Capítulo II
Os princípios

A protecção de uma marca depende directamente do seu registo, não existindo protecção jurídica originada pelo mero uso ou da marca não registada (marca livre)⁴⁸.

O seu registo depende da verificação de certas características e do respeito de princípios associados que nos ajudam a compreender melhor a definição de marca.

Antes de mais, Pedro Sousa e Silva⁴⁹ divide os requisitos substantivos (que são objecto de análise aqui⁵⁰) em absolutos e relativos⁵¹. Os requisitos absolutos pretendem assegurar que o sinal é idóneo o suficiente para desempenhar a função distintiva e indicativa da marca, ou seja, estão ligados à marca em si, enquanto os requisitos relativos estão ligados aos direitos de terceiros, interesses e ordem pública⁵², *i.e.*, estão directamente relacionados com a realidade na qual a marca se apresenta.

1.1. O princípio da distinção

Em primeiro lugar, tal como resulta da própria definição legal de marca, é necessário que o sinal tenha capacidade distintiva. «Os sinais, para serem marcas, serão capazes de individualizar e distinguir produtos»^{53,54}. Assim, a marca nasce para distinguir aquilo que vende face ao que os restantes concorrentes vendem no mercado. É exactamente neste sentido que aponta o CPI, consagrando

⁴⁸ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 148.

⁴⁹ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 149.

⁵⁰ Uma vez que os formais não nos ajudam a compreender de melhor forma a marca.

⁵¹ Requisitos esses que emanam directamente das normas do CPI relativas à recusa do registo da marca, a saber: arts. 222.º, 223.º e 238.º.

⁵² SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 149.

⁵³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p.380.

⁵⁴ Neste sentido, CARVALHO, Américo da Silva, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, p. 26.

primeiramente no seu art. 223.º, n.º 1, a) a impossibilidade de ser registada uma marca sem carácter distintivo. Em suma, o sinal tem de permitir a identificação do produto e a sua diferenciação face aos produtos do mesmo género⁵⁵.

No entanto, a impossibilidade de registar um sinal comum como marca tem uma excepção: o nominado *secondary meaning*^{56,57}.

De facto, o art. 238.º, n.º 3 permite que uma marca composta pelos elementos do art. 223.º, n.º 1, a), c) e d), seja protegida, no caso de o requerente demonstrar que o sinal adquiriu, devido ao seu uso, capacidade distintiva que justifique essa protecção⁵⁸.

Nas palavras de Luís Couto Gonçalves, «por *secondary meaning* quer aludir-se ao particular fenómeno de conversão de um sinal originariamente privado de capacidade distintiva num sinal distintivo de produtos ou serviços, reconhecido como tal, no tráfico económico, através do seu significado secundário, em consequência do uso e de mutações semânticas ou simbólicas»⁵⁹. Desta forma, o requerente terá de provar⁶⁰ que o consumidor reconhece o sinal como identificador de produtos e/ou serviços⁶¹.

Assim, se pelo respectivo uso um sinal comum tornar-se distintivo o suficiente, permitindo ao consumidor associar-lhe produtos ou serviços, é

⁵⁵ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 152.

⁵⁶ Art. 223.º, n.º 2 e 238.º, n.º 3, ambos do CPI.

⁵⁷ «A teoria do *secondary meaning*, segundo a qual "um sinal (nominativo ou figurativo), que não era associado pelos círculos interessados do tráfico a um determinado empresário, sendo antes percebido no seu sentido originário (*primary meaning*) de denominação genérica ou de indicação descritiva acaba por adquirir, em consequência do uso que desse sinal é feito por esse mesmo empresário, aquele outro sentido - que se diz secundário, não por assumir menor importância, mas porque se afirma mais tarde no tempo». TRL, processo n.º 0018292, datado de 06-11-1997, relator Ferreira Girão, disponível em www.dgsi.pt.

⁵⁸ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 422.

⁵⁹ GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 214.

⁶⁰ É possível recorrer-se do uso prolongado do sinal, da sua divulgação na comunicação social, da facturação associada e de estudos elaborados junto dos consumidores. Neste sentido, VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 422.

⁶¹ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p.422.

possível que esse sinal seja registado enquanto marca, por se ter tornado uma referência forte o suficiente, apesar de comum⁶². Concluindo, um sinal desprovido de significado «originário distintivo (enquanto marca) adquire através do uso um segundo significado (no tempo)»⁶³.

Neste sentido têm decidido os tribunais portugueses, nomeadamente o STJ⁶⁴, afirmando que estamos perante um caso de «*secondary meaning* quando um sinal, originariamente privado de capacidade distintiva, se converte, por consequência do uso e de mutações semânticas ou simbólicas, num sinal distintivo de produtos ou serviços, reconhecido como tal, no tráfico económico, através do seu significado secundário»⁶⁵.

No referido acórdão, o STJ analisava o caso do banco português Caixa Geral de Depósitos, sendo que entendeu que a utilização da simples palavra «Caixa» para designar aquela instituição bancária revestia carácter distintivo suficiente para não ser possível registar uma marca com esse nome. Dado o «uso intenso e reiterado» da sua utilização e o reconhecimento por parte dos consumidores, a palavra tornou-se suficiente para cumprir a função distintiva da marca.

Para alegar o *secondary meaning*, o STJ realçou os grandes investimentos que a instituição bancária tinha vindo a fazer na publicidade, no seu prestígio e fiabilidade, na quota de mercado que lhe

⁶² VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 421.

⁶³ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol I – (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2012, p. 382.

⁶⁴ STJ, processo n.º 118/09.4YFLSB, datado de 10.09.2009, relator Santos Bernardino, disponível em www.dgsi.pt.

⁶⁵ Já neste sentido têm vindo a decidir outros tribunais portugueses há muito tempo, nomeadamente o TRL defendeu estar-se «perante a chamada teoria do *secondary meaning*, segundo a qual um sinal (nominativo ou figurativo), que não era associado pelos círculos interessados do tráfico a um determinado empresário, sendo antes percebido no seu sentido originário (*primary meaning*) de denominação genérica ou de indicação descritiva acaba por adquirir, em consequência do uso que desse sinal é feito por esse mesmo empresário, aquele outro sentido - que se diz secundário, não por assumir menor importância, mas porque se afirma mais tarde no tempo.» TRL, processo n.º 0018292, datado de 06.11.1997, relator Ferreira Girão, disponível em www.dgsi.pt

era atribuída, o reconhecimento enquanto maior instituição bancária nacional e o conhecimento pela generalidade da população portuguesa.

Retomando a análise das exigências para registar um sinal como marca. Os sinais que resultem da natureza do produto, da sua forma por imposição técnica ou pela forma que confere valor substancial ao produto (cfr. Art. 223.º, n.º 1, c), os sinais que indiquem a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica, a época ou meio de produção do produto ou da prestação do serviço, ou outras características (cfr. Art. 223.º, n.º 1, c) não são idóneos a ser registados como marca por não cumprirem os requisitos legais.

Também os sinais baseados na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio não podem ser registados como marcas (cfr. Art. 223.º, n.º 1, d). No mesmo sentido ainda não podem as cores, a não ser que sejam combinadas ou com gráficos, dizeres ou outros elementos de forma peculiar e distintiva ser sinais de marcas (cfr. Art. 223.º, n.º 1, e).

Estes sinais, por não serem distintivos, não podem ser registados como uma marca, pois são incapazes de transmitir aos consumidores a identificação do produto ou do serviço face aos restantes no mercado.

No entanto, apesar de não serem passíveis de constituir uma marca, isso não significa que se fizerem parte de outro sinal ou se combinados com outros sinais não possam fazer parte do sinal que seja registado como marca, tal como consagrado no art. 223.º, n.º 2⁶⁶.

1.2. O princípio da especialidade

Outra característica da marca é a especialidade, uma vez que a protecção conferida pelo registo apenas abrange o universo de produtos

⁶⁶ Neste sentido, ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol I – (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2012, p. 382.

ou serviços que estão registados com aquela marca face aos produtos ou serviços congéneres^{67,68}.

Desta forma, se não existir semelhança entre os produtos ou serviços de duas marcas, os seus titulares não podem opor-se a que um terceiro registe um sinal idêntico⁶⁹. Se os produtos ou serviços são completamente diferentes, um terceiro, regra geral, poderá usar um sinal semelhante.

Este princípio é um reflexo directo da função jurídica primordial da marca. «Se, entre dois utilizadores de marcas iguais, não puder haver competição no mercado – por serem absolutamente distintas as respectivas clientelas –, nada haverá a proibir, pois nada haverá que proteger»⁷⁰. No entanto, este princípio não é absoluto, uma vez que não se aplica às marcas de prestígio⁷¹.

A marca de grande notoriedade está prevista no art. 241.º do CPI e «é entendida como a marca que conhecida de uma grande parte do público consumidor como a que distingue de uma forma imediata um determinado produto ou serviço»^{72,73}.

Por sua vez, a marca de notoriedade permite que o sinal seja protegido de outro, e consequentemente recusado o registo do segundo sinal, que se destine a produtos ou serviços idênticos ou afins (art. 241.º, n.º 1 CPI)⁷⁴.

⁶⁷ No mesmo sentido, ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial*, vol. II Direito Industrial, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p. 149.

⁶⁸ Neste sentido, DOMINGUES, Luís Miguel Pedro, *A Função da Marca e o Princípio da Especialidade*, in *Direito Industrial – VOL. IV*, Almedina, 2005, p. 449.

⁶⁹ CARVALHO, Américo da Silva, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, p. 26.

⁷⁰ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 164.

⁷¹ «Deste modo, o direito exclusivo que é concedido ao titular da marca, não é um direito ilimitado, mas um direito limitado, entre outros, pelo princípio da especialidade». DOMINGUES, Luís Miguel Pedro, *A Função da Marca e o Princípio da Especialidade*, in *Direito Industrial – VOL. IV*, Almedina, 2005, p. 449.

⁷² GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 257.

⁷³ Também neste sentido, VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 430.

⁷⁴ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 430.

Neste sentido, ao contrário do que se adiantará de seguida, a marca notória efectivamente respeita o princípio da especialidade⁷⁵.

Já o sinal da marca de prestígio (art. 242.º do CPI) é protegido não só dos sinais que pretendam representar os produtos idênticos ou afins, mas também dos que querem assinalar produtos ou serviços sem identidade ou afinidade, pelo que se apresenta como um regime mais protector. «A marca de prestígio adquire um poder de identidade em si mesmo (traduzindo-se num activo particularmente importante para o estabelecimento comercial), isto é, um valor independente do produto ou serviço que identifica»⁷⁶.

Luís Domingues afirma que «existem marcas, que por pertecerem às grandes empresas, são marcas fortes do ponto de vista comercial, isto porque os seus titulares possuem capacidade financeira para suportar campanhas publicitárias, que facilitam o acesso da marca ao consumidor. Essas marcas, pelo seu uso e pela sua força atractiva, tornam-se marcas conhecidas, mesmo fora do círculo dos consumidores dos produtos ou serviços a que se destinam»⁷⁷.

Nas palavras do TRL, a marca notória «é a marca que adquiriu um tal nome que se tornou geralmente conhecido por todos aqueles produtores, comerciantes ou eventuais consumidores que estão em contacto com o produto; a notoriedade agrava o risco de confusão, uma vez que uma marca notória deixa na memória do público uma lembrança certa, persistente», porquanto a marca de prestígio é uma «marca célebre ou ainda marca famosa é aquela que goza de excepcional grau de notoriedade no conjunto da população do país e de excepcional capacidade atracção e/ou satisfação junto dos consumidores, designadamente pela sua especial qualidade ou excelência. [...] é ainda

⁷⁵ Neste sentido, ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de, *Marca de Prestígio, Marca Notória e Acordo ADPIC/TRIPS*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 66.

⁷⁶ ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de, *Marca de Prestígio, Marca Notória e Acordo ADPIC/TRIPS*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009, p. 66.

⁷⁷ DOMINGUES, Luís Miguel Pedro, *A Função da Marca e o Princípio da Especialidade*, in *Direito Industrial – VOL. IV*, Almedina, 2005, p. 464.

aquela que é reconhecida pela qualidade dos produtos ou serviços por ela assinalados e que beneficia de efectiva capacidade distintiva não sendo partilhada por vários agentes económicos; nas marcas de grande prestígio, basta a utilização da marca, mesmo quando as marcas são dissemelhantes, para se criar no consumidor a ideia de que por detrás desse produto está o fabricante da marca prestigiada»⁷⁸.

Apesar da semelhança entre os dois regimes, das marcas notórias e das marcas de prestígio, são estas últimas que verdadeiramente erguem uma barreira ao princípio da especialidade⁷⁹, sendo-lhes concedida uma protecção extra.

1.3. O princípio da novidade

No que respeita à novidade, a marca apenas tem de ser nova face às existentes no mercado que tenham o mesmo género de produto ou serviço (cfr. 245, n.º 1, b)⁸⁰.

Não obstante, a novidade não terá de existir apenas relativamente a marcas, mas também face aos outros sinais distintivos que existem no mercado, como os logótipos, as firmas, as indicações geográficas, entre outros⁸¹. O requisito da novidade, que se insere nos requisitos relativos, não é absoluto, pois será suficiente, para registar o sinal, que não se confunda com qualquer outro sinal previamente registado. Desta forma, conclui Pedro Silva e Sousa⁸², a marca a registar tem de ser disponível e não inédita.

⁷⁸ TRL, processo n.º 1.333/05.5TYSB-8, datado de 16-07-2009, relator Bruto da Costa, disponível em www.dgsi.pt.

⁷⁹ Neste sentido, VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 431.

⁸⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1 (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p. 387.

⁸¹ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 162.

⁸² SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 163.

Importa ainda perceber quais os produtos e serviços que podem ser considerados do mesmo género e fins. O TRL definiu a afinidade entre dois produtos ou serviços com base na possibilidade de satisfazer a mesma função e, assim, concorrem no mercado⁸³. Nas palavras do Professor Oliveira Ascensão, «o agente do juízo de semelhança é o consumidor»⁸⁴.

Já Coutinho de Abreu⁸⁵, afirma que sê-lo-ão os produtos que têm natureza ou características próximas e finalidades idênticas ou similares. Porquanto os afins serão aqueles que, apesar de terem naturezas diferentes, têm semelhantes finalidades. Para o autor são ainda afins aqueles que o consumidor acredita «terem a mesma origem, por serem economicamente complementares», como por exemplo sapatos de pele e os respectivos produtos de limpeza.

Para Paulo Sousa e Silva⁸⁶ seria excessivo definir como afins os produtos associados a outros, que levaria o consumidor médio a acreditar que têm a mesma procedência empresarial. Assim, é necessário que exista uma identidade funcional e uma possibilidade de uso substitutivo, de acordo com a perspectiva do consumidor. Neste contexto, serão afins os produtos ou serviço que apresentem um grau elevado de semelhança ou proximidade para permitir uma satisfação de necessidades idênticas dos consumidores.

1.4. A licitude e a verdade

A licitude, como de resto seria expectável no ordenamento nacional, é um dos requisitos para o registo de uma marca, sendo inadmissível

⁸³ TRL, processo n.º 484/12.4YHLSB.L1-7, datado de 18-11-2014, relator Roque Nogueira, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁴ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial*, vol. II Direito Industrial, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p. 155

⁸⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1 (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p.388.

⁸⁶ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 167.

uma marca contrária à lei. Tal requisito está expresso no art. 238.º, sendo recusado o registo de sinal que tenha símbolos, brasões, emblemas ou distinções, elementos contrários à lei, moral, ordem pública e bons costumes, a bandeira nacional quando coloque em causa o seu respeito ou prestígio.

O art. 239.º do CPI a alarga o elenco de motivos de recusa de registo. Ainda de acordo com o princípio geral da licitude, o código proíbe o registo de sinal que constitua qualquer reprodução ou imitação de marca anteriormente registada para serviços ou produtos afins ou idênticos⁸⁷, bem como de logótipo, de firma ou denominação de terceiro, qualquer infracção de outros direitos de propriedade industrial, o emprego de nomes, retratos ou quaisquer expressões ou figurações, sem autorização e o reconhecimento de que o requerente vai fazer concorrência desleal.

Finalmente, a verdade é um dos requisitos para registar um sinal como marca. Como afirma Américo da Silva Carvalho⁸⁸, a marca tem de corresponder à realidade, não podendo enganar os consumidores. Também aqui estão reflectidos os princípios gerais de direito, uma vez que uma marca criada com o intuito de enganar o público jamais poderia ser aceite. No entanto, note-se que este princípio não impede que o sinal seja de fantasia, mas sim que seja enganoso⁸⁹.

Assim, para que o sinal seja susceptível de ser registado é necessário que não induza em erro ou confusão o consumidor^{90,91}, que é

⁸⁷ Este aspecto corrobora com o que afirmámos *supra* relativamente à especialidade da proteção da marca, no sentido de que a proteção do titular da marca apenas se consagra relativamente a terceiros que sejam seus concorrentes directos, por oferecerem aos consumidores produtos ou serviços do mesmo género. A título de exemplo, o titular de um registo de marca automóvel não terá proteção face a terceiro que registre uma marca de cosméticos, visto não existir qualquer semelhança entre os produtos por si produzidos ou serviços colocados ao dispor dos consumidores.

⁸⁸ CARVALHO, Américo da Silva, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, p. 29.

⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1 (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p.385.

⁹⁰ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. 1 (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), Almedina, 2011, p.391.

o destinatário directo do sinal⁹². No caso de não existir semelhança entre os produtos ou serviços não existirá risco de confusão para o consumidor⁹³.

Está em causa quer o risco de confusão, enquanto indução do consumidor em erro, fazendo-o pensar que uma marca é outra e assim trocando os produtos; quer o risco de associação, sendo que aí os consumidores distinguem os sinais, mas ligam um, assim como os seus produtos, ao outro, pensando tratar-se de produtos apresentados por empresas com ligações entre si (seja de coligação, seja uma situação de licença).

Desta forma, o sinal que se pretende registar é diferente do anterior já registado, sendo possível aos consumidores perceberem que se trata de sinais diferentes, mas são suficientemente semelhantes para que os consumidores pensem que são sinais da mesma empresa⁹⁴. Se assim for, o segundo sinal não é passível de ser registado enquanto marca.

A análise do risco de confusão e de associação tem como referência os consumidores a quem os produtos ou serviços são destinados, com recurso à figura do consumidor médio.

⁹¹ Uma vez que a principal função da marca é a função distintiva, é essencial que o segundo sinal que se pretende registar enquanto marca não se confunda com qualquer marca anteriormente registada. O conceito de consumidor médio a ter em conta é o de um consumidor abstracto, que varia consoante a natureza dos bens ou serviços em causa. O Tribunal da Relação de Lisboa já defendeu que uma marca fraca tem pouca capacidade distintiva, pelo que mais facilmente se afasta a prognose de criar confusão ao consumidor, enquanto que uma marca forte exige maior diferenciação para que não haja risco de confusão. Um dos pilares do Tribunal é o conceito de consumidor médio da primeira marca a ser registada, que, no caso em concreto, teria um nível médio de cultura, fazendo com que o Tribunal tenha admitido o registo da segunda marca, por entender que, atendendo ao consumidor médio in casu, não existia risco de confusão, pois o consumidor não pensaria que a segunda marca era a primeira ou que os serviços da segunda marca pertenciam ao da primeira registada. O Tribunal baseia-se também na impossibilidade de se atribuir um monopólio do nome de uma actividade a um só comerciante. TRL, processo n.º 33/06.3TYLSB.L1-6, de 26-11-2009, relator Márcia Portela disponível em www.dgsi.pt. No mesmo sentido, processo n.º 484/12.4YHLSB.L1-7, datado de 18-11-2014, relator Roque Nogueira, disponível em www.dgsi.pt.

⁹² SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 173.

⁹³ No mesmo sentido, ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial vol. II Direito Industrial*, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p. 149.

⁹⁴ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 173.

José Oliveira Ascensão⁹⁵ acrescenta ainda que, de acordo com o princípio da verdade, a marca não pode dar indicações enganosas relativamente à natureza, qualidade ou utilidade do produto.

O conceito de consumidor médio a ter em consideração é de grande importância, restando saber se o conceito a ter aqui em atenção será diferente do conceito de consumidor médio que se atende no direito do consumo.

Luís Couto Gonçalves afirma que o conceito de consumidor que «revela no contexto do direito de marcas deve ser uma figura flexível e variável»⁹⁶. Acrescentando ainda que não se deve deixar de atender igualmente aos produtos ou serviços que estejam em causa⁹⁷.

O TRL afirmou, referindo-se ao risco de confusão, que o consumidor médio a ter em consideração deverá encontrado «dentro do público do produto a que a marca se destina»⁹⁸. Já anteriormente o mesmo tribunal tinha referido que o conceito de consumidor pode variar «conforme a natureza dos bens ou serviços em causa»⁹⁹.

⁹⁵ ASCENSÃO, Oliveira, *Direito Comercial* vol. II *Direito Industrial*, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88, p. 150.

⁹⁶ GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 243.

⁹⁷ GONÇALVES, Luís Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 243.

⁹⁸ TRL, processo n.º 885/05.4TYLSB.L1-7, datado de 15-05-2012, relator Maria João Areias, disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁹ TRL, processo n.º 33/06.3TYLSB.L1-6, datado de 26-11-2009, relator Márcia Portela, disponível em www.dgsi.pt.

Capítulo III

O conceito sociológico de marca

O significado sociológico da marca é aquele que não está ligado à perspectiva jurídica, não dependendo do seu registo, protecção jurídica ou funções.

Dividimos o significado sociológico em diversas categorias, entre as quais o impacto que a marca cria nos consumidores, a responsabilidade social das marcas e o valor social da marca no sector comercial (por oposição às marcas sem fins lucrativos, criadas, por exemplo, pelas Organizações Não Governamentais).

No quotidiano, a marca «refere-se às crenças dos clientes e de outros interessados sobre os produtos e serviços vendidos com uma certa marca registada ou acerca da empresa que os fornece»¹⁰⁰.

De facto, em primeiro lugar, para o consumidor, a marca é um verdadeiro *centro de imputação*, de experiências, de características, no limite de tudo aquilo que se possa associar àquele *centro*. Afirmo Tom Blackett que a marca «sempre significou, na sua forma passiva, o objecto pelo qual se forma uma impressão e, na sua forma activa, o processo de formação dessa mesma impressão»¹⁰¹.

O consumidor imputa à marca a experiência que viveu. Assim, se apenas contactou com a marca através de publicidade, então tudo o que daí absorveu, seja positivo ou negativo, vai imputar à marca.

Se, por outro lado, já adquiriu o produto ou o serviço, então a experiência que adveio daí, tornando o consumidor um possível cliente ou não, será igualmente imputada à marca. Além disso, o consumidor imputa à marca experiências de terceiros que lhe foram relatadas, formando uma opinião acerca de uma marca através dos comentários, críticas e partilhas que apreendeu de outros consumidores.

¹⁰⁰ BARWISE, Patrick, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, p. xii.

¹⁰¹ BLACKETT, Tom, *O que é uma marca?*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 13.

Quando nos referimos à experiência do consumidor incluímos a publicidade, as características do produto ou do serviço, a relação preço-qualidade e a imagem com que o consumidor ficou da sua ida ao estabelecimento comercial¹⁰².

Este *centro de imputação* é ainda utilizado pelos gestores de marca e responsáveis pelo departamento de *marketing* para influenciar o consumo. Por exemplo, nas lojas da marca «*Michael Kors*» é comum oferecerem aos seus possíveis clientes bebidas enquanto estão na loja; a «*Starbucks*» frequentemente oferece amostras das suas bebidas às pessoas que passam em frente à loja, de forma a tornarem o estabelecimento mais apelativo; o mesmo sucede com a «*Nespresso*», que através da oferta de cafés aos visitantes procura impulsionar a compra de cápsulas e divulgar os seus novos produtos.

No fundo trata-se do fenómeno de *marketing* para aumentar as vendas, mas também para que a experiência agradável seja assimilada pelos sentidos e memorizada pelo consumidor, pretendendo-se que seja transmitida alguma mensagem^{103,104}.

Em suma, para os consumidores, antes de se preocuparem com o respeito pelas regras jurídicas, a marca funciona como um centro de imputação de todas as características que o consumidor lhe atribui.

Se a reputação for boa, o titular da marca investe para a manter. No entanto, se os consumidores tiverem uma má ideia da marca ou se a reputação da marca for, em algum momento, marcada por algum

¹⁰² Diogo Petry e Vinícius Borges Fortes realçam o exemplo da «*Nike*» que, através dos seus slogans “Just do it” e “If you have a body, you are an athlete”, salientando que a marca consegue transmitir a ideia ao consumidor de realizar sonhos e alcançar a vitória se usar os produtos da marca. PETRY, Diogo; FORTES, Vinícius Borges, *Relação de Consumo: Consumismo*, EDUCS, 2010, p. 69.

¹⁰³ SILVA, Pedro Sousa e, Sinal e Marca, *As Marcas Não Tradicionais*, in *Direito Industrial – VOL. III*, Almedina, 2012, p. 364.

¹⁰⁴ As grandes empresas «passaram a utilizar a satisfação dos consumidores como meio de propaganda e de publicidade, internalizando as suas reivindicações quanto à qualidade dos produtos, à defesa do meio ambiente, aos custos sociais indirectos da produção, como instrumentos do chamado “marketing social”». *Os Direitos dos Consumidores*, Ministério da Justiça, p. 22.

acontecimento negativo, o titular da marca vai, primeiro, conter o dano e depois, investir para recuperar a boa reputação.

Tema diferente é o do valor social das marcas. Apesar de todos os aspectos negativos que podem ser realçados, as marcas são fonte geradora de riqueza, criando postos de trabalho; estimulam a inovação, investem em produtos e serviços melhores; impulsionam a protecção dos consumidores; sendo que alguns autores ligados à economia e ao *marketing* defendem que promovem a coesão social. Ao permitirem uma participação partilhada em contextos democráticos e de progressão social¹⁰⁵.

Apesar de ser altamente discutido, existem vários casos de impacto social de marcas. Por exemplo, a «Nestlé» trabalha directamente com os cultivadores de café de forma a que possa ter um papel positivo no desenvolvimento das zonas rurais, na protecção do ambiente¹⁰⁶, no combate à pobreza, efectuando o pagamento de forma directa aos agricultores, diminuindo assim a redução do proveito financeiro destes devido a inexistência de intermediários¹⁰⁷. Ainda no sector alimentício, nos Açores, estão em ascensão marcas que procuram ter um impacto positivo na zona onde se inserem, como é o caso da marca «Quinta dos Açores». Esta marca regional tem procurado desenvolver técnicas de produção amigas do ambiente, por exemplo¹⁰⁸. Também nos EUA foi criada a marca «Patriots», que é vendida apenas nas bases militares dos EUA, destinada aos seus nacionais deslocados em serviço por motivos militares.

¹⁰⁵ HILTON, Steve, *O valor social das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 48

¹⁰⁶ «Assiste-se, no presente, mesmo em se tratando de uma sociedade hiperconsumista e massificada pelas propagandas generalizantes, a propagação de novos ideais, valores, princípios morais e de fraternidade, revelando preocupação ambiental, tanto nas condutas individualmente isoladas quanto nas milionárias campanhas publicitárias de grandes e importantes corporações». PETRY, Diogo; FORTES, Vinícius Borges, *Relação de Consumo: Consumismo*, EDUCS, 2010, p. 78.

¹⁰⁷ Informação disponível no *website* oficial da empresa, <https://empresa.nestle.pt/criacaodevalorpartilhado/desenvolvimentorural>.

¹⁰⁸ Informação disponível no *website* oficial da empresa, <http://www.quintadosacores.com/pt/quem-somos/visao-e-valores>.

No mesmo sentido, Steven Hilton realça outros exemplos, nomeadamente no Brasil, a marca de detergente «*Ala*» da empresa «*Unilever*» foi criada a pensar nas lavagens de roupa feitas maioritariamente à mão com água do rio. Já na Índia, a «*Unilever*» apresenta uma elevada percentagem de vendas por ter criado produtos específicos para a região, nomeadamente a pasta dentífrica em pó, de baixo custo e a farinha enriquecida¹⁰⁹.

Outra questão prende-se com o facto de a marca poder ser entendida como fonte de motivação para protecção do consumidor. Apesar dos titulares das marcas terem de cumprir a legislação do consumo, também existe interesse em garantir que o consumidor continua a acreditar nos valores da marca e na qualidade dos seus produtos e serviços, criando essa necessidade uma mais valia para os consumidores, em termos de protecção.

Assim, a necessidade que o titular da marca tem de manter os seus clientes fiéis acaba por se transformar numa mais valia para os interesses dos consumidores (nomeadamente motivando boas políticas pós-venda).

Os titulares das marcas vão por vezes além, criando directrizes internas para garantir a fidelização dos seus clientes^{110,111}. Se os clientes estiverem satisfeitos, a probabilidade de voltarem é maior, aspecto que garante mais vendas e respectivo lucro à marca, resultando assim no objectivo de qualquer sociedade comercial.

Por este motivo qualquer problema relacionado com o produto ou com o serviço tem de ser rapidamente resolvido, para que o consumidor

¹⁰⁹ HILTON, Steve, *O valor social das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 51.

¹¹⁰ Neste sentido, HILTON, Steve, *O valor social das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 52.

¹¹¹ Steve Hilton acrescenta ainda que as marcas funcionam como verdadeiros selos oficiais de aprovação, por significarem um padrão de qualidade e de segurança. HILTON, Steve, *O valor social das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 52

não impute à marca uma experiência negativa que seja de tal forma drástica que determine o fim da relação entre o consumidor e a marca. Veja-se, por exemplo, a recolha de modelos de automóveis por defeitos no *airbag* da «*TAKATA*» ou de chocolates da «*Mars*» por ser possível conterem pedaços de plástico¹¹². No mesmo sentido, apresenta Steven Hilton o exemplo da MCDonald's que criou novos padrões de tratamento dos animais dadas as críticas de que foi alvo¹¹³.

Já em 1999, um estudo feito pela «*EnviroNics Research Group*» a 25 mil adultos, concluía que mais de 50 por cento dos inquiridos determinavam a responsabilidade¹¹⁴, nomeadamente, o tratamento aos trabalhadores e o compromisso para com a comunidade e o ambiente, como o factor mais importante para formar uma opinião sobre uma empresa. Mesmo que o estudo se refira a empresa, parece-nos que pode ser feita uma analogia, dado que o interesse da sociedade pelos valores em causa continuaram a crescer e a marca assumiu um papel tão importante no comércio.

¹¹² Informação disponibilizada nos *websites* seguintes <http://www.mars.com/portugal/pt/press-center/press-list/news-releases.aspx?SiteId=232&Id=7019>; http://economico.sapo.pt/noticias/airbags-recolha-de-53-milhoes-de-carros-pode-custar-2-mil-milhoes_219097.html.

¹¹³ HILTON, Steve, O valor social das marcas, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 55.

¹¹⁴ HILTON, Steve, O valor social das marcas, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 55.

Capítulo IV

As funções da marca

2.1. A função económica da marca

Como salienta Pedro Sousa e Silva, existem dois grupos que têm de ser distinguidos: um grupo engloba todas as vantagens que advém do uso ou da existência da marca; enquanto no outro grupo integram os efeitos imputáveis às marcas que são protegidos pela lei¹¹⁵.

A função económica da marca liga-se directamente às vantagens que surgem do uso do sinal e não aos efeitos que são imputáveis à marca, que são dependentes da função jurídica¹¹⁶.

Uma vez que a marca permite ao consumidor distinguir produtos, isso permitir-lhe-á também associar a cada marca certas características que têm como base as experiências que teve com os seus produtos, serviços ou experiências que terceiros lhe relataram, tendo também consideração as características que absorve da sua publicidade. Desta forma, a marca funciona como o *centro de imputação* das qualidades e defeitos que vão sendo observados pelo consumidor, directa ou indirectamente, dos produtos ou serviços de uma marca¹¹⁷. Ou seja, o consumidor associa o seu contentamento ou a sua insatisfação à marca.

É precisamente por este fenómeno de associação de diversas características que o titular da marca investe em publicidade, na esperança de criar um impacto positivo no consumidor, desenvolvendo também políticas de qualidade para manter a sua clientela.

Não obstante a separação nítida entre a função económica e jurídica, entendemos que apenas a jurídica permite a existência da económica.

¹¹⁵ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

¹¹⁶ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

¹¹⁷ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 141.

É certo que em última análise os titulares da marca almejam alcançar os benefícios da função económica¹¹⁸ desde que requerem o registo da marca. No entanto, somente através da função jurídica o conseguem.

Apenas na existência de um sinal registado a favor de um titular se verifica, por parte do consumidor, a possibilidade de distinção dum produto ou serviço daquela marca para as restantes. Com esta mesma distinção, é possível ao consumidor associar características à referida marca sem se confundir com as marcas concorrentes.

Assim, o registo de uma marca vai garantir ao seu titular que ninguém se apodere do seu sinal nem se aproveite das características que já lhe são atribuídas pelos consumidores.

2.2. As funções jurídicas da marca

2.2.1 A função distintiva da marca

A principal função da marca é distinguir produtos ou serviços^{119,120,121,122,123} de certa empresa face aos das restantes concorrentes no mercado.

Esta é a função da marca que mais destaque prático reveste no mercado para os consumidores e que mais rapidamente é admitida pelos

¹¹⁸ Também neste sentido escreve Hugo Lança, afirmando que as marcas são os principais símbolos utilizados pelos empresários, seus titulares, para prestigiarem os seus produtos e serviços. LANÇA, Hugo, *Em defesa da função publicitária da marca*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 17 – 2017, p. 147.

¹¹⁹ OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, 2ª edição, Almedina, 2005, p. 73.

¹²⁰ No mesmo sentido, SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 142.

¹²¹ Também, LANÇA, Hugo, *Em defesa da função publicitária da marca*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 17 – 2017, p. 149.

¹²² OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Almedina, 2005, p. 73

¹²³ Propriedade Industrial, Parecer das 13.ª, 18.ª e 20.ª Secções, ouvida a 11.ª Secção, da Câmara Corporativa sobre a respectiva proposta de lei, nos termos do artigo 105.º da Constituição, República Portuguesa, Lisboa, 1937.

autores¹²⁴, sendo vista como a «primordial função jurídica»¹²⁵ da marca. Não é, no entanto, a única.

Devido à sucessiva evolução da marca e do mercado, a qual exige uma imediata adaptação do sistema legislativo, esta função tem sofrido várias alterações¹²⁶. Como defende Luís Couto Gonçalves, é necessário atender a todas as novas características e inovações do mercado real que exigiram a criação da licença da marca, a título de exemplo¹²⁷.

A noção de função distintiva de marca que nos parece mais adequada é aquela que nos indica de onde provém os produtos ou serviços que exibem o sinal registado a favor daquela marca. Através da utilização do mesmo sinal, o consumidor toma conhecimento de que os produtos provêm da mesma empresa (que é detentora da marca) ou de empresa descendente, com elementos suficientes para ser tida como contínua à primeira¹²⁸. O maior obstáculo é quando o titular sucessor da marca ou a empresa descendente já não mais apresenta os mesmos produtos no mercado ou serviços.

O art. 269.º, número 2, b) proíbe o uso enganoso da marca pelo seu titular ou por terceiro com o consentimento daquele o que constitui uma manifestação do princípio da verdade¹²⁹. Desta forma, o titular da marca tem o dever de não a usar de forma enganosa nem permitir que

¹²⁴ Nomeadamente, CARVALHO, Américo da Silva, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004, p.107.

¹²⁵ SILVA, Pedro Sousa e, *Sinal e Marca, as marcas não tradicionais*, in *Direito Industrial –VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 364.

¹²⁶ Neste sentido o STJ afirmou que «a visão clássica da função distintiva da marca, ou seja, a da tutela contra os riscos de confusão sobre a origem dos produtos, é, não obstante se encontrar ultrapassada pelas exigências da vida económico-social, a única, juridicamente, protegida por lei, o que, aproveitando, directamente, ao titular do sinal, pode ser, indirectamente, vantajoso para os consumidores.» STJ, processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1, datado de 28-09-2010, relator Helder Roque, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁷ LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, pp. 161 e 162.

¹²⁸ LUÍS COUTO GONÇALVES, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 162.

¹²⁹ VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015, p. 465.

terceiros o façam, estando essa obrigação na base da função distintiva da marca.

Neste sentido, a definição contemporânea de função distintiva, para Luís Couto Gonçalves, é a de indicar que os produtos ou serviços são provenientes da mesma empresa ou de uma sucessiva da primeira, com elementos de continuidade suficientes (caso da transmissão desvinculada) ou que contenha relações actuais de cariz contratual ou económico (licença de marca registada usada ou da marca de grupo). É ainda capaz de indicar que os produtos ou serviços se reportam a um sujeito que assume o ónus pelo seu uso não enganoso¹³⁰.

Concordamos que a função primordial da marca é a distintiva^{131,132}, estando isso desde logo patente art. 222.º do CPI. A marca é um ponto de referência para a celebração do contrato de compra e venda ou de prestação de serviços, pois é capaz de orientar o consumidor na escolha da contraparte do contrato. Desta forma, o conceito de proveniência consiste na capacidade do sinal registado como marca indicar ao consumidor que todos os produtos foram fabricados, ou todos os serviços são prestados, mediante o controlo, as características e ideologias de uma só entidade, mesmo que no panorama de um grupo de empresas¹³³.

Luís Couto Gonçalves¹³⁴ expõe a função distintiva de forma diferente, afirmando que juridicamente esta função contém em si duas funções: a função-meio, que é a de distinguir os produtos e serviços entre si; e a função-fim, que é a de distinguir a proveniência dos serviços.

¹³⁰ GONÇALVES, Luis Couto, *Manual de Direito Industrial*, 5ª edição, Almedina, 2014, p. 163.

¹³¹ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 142.

¹³² Neste sentido foi o TRL, afirmando que a principal função da marca é a distintiva, ainda que essa função seja complementada com outras. TRL, processo n.º 33/06.3TYLSB.L1-6, datado de 26.11.2006, relator Márcia Portela. Também no mesmo sentido decidiu o STJ no processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1, de 28.09.2010, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹³³ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 142.

¹³⁴ GONÇALVES, Luis Couto, *Função Distintiva da Marca*, Colecção Teses, 1999, Almedina, p. 33.

2.2.2. A função de garantia de qualidade da marca

De facto, o CPI não impõe em nenhuma das suas normas a manutenção da qualidade dos produtos ou serviços que a marca distingue¹³⁵. Não obstante, isso não implica que as marcas não tenham todo o interesse em criar e/ou manter a qualidade dos seus produtos. Se já afirmámos que a marca é um *centro de imputação* de todas e quaisquer informações que o consumidor detenha sobre a mesma, claro ficará que a qualidade é uma dessas informações absolutamente fundamentais, pelo que a marca quererá criar e/ou manter a qualidade dos seus produtos e serviços de forma a manter o cliente.

Se o titular da marca não tiver essa preocupação poder-lhe-á ser atribuída responsabilidade pela falta de qualidade dos seus produtos ou serviços e/ou perderá a confiança e respectiva procura, por parte dos consumidores.

Mesmo que a função de garantia de qualidade não seja reconhecida como uma função definida da marca na legislação, nem pela doutrina¹³⁶, regra geral, para os consumidores um produto com a mesma proveniência na mesma marca, detida por certa empresa, implicará uma qualidade semelhante, dando-lhe confiança^{137,138}.

Apesar da importância da função de garantia da qualidade, a mesma não nos parece que consiga ser a principal função uma vez que, além de não estar presente na lei, a marca é um instrumento colocado ao dispor do empresário para distinguir os seus produtos. No entanto, isso

¹³⁵ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 144.

¹³⁶ Neste sentido, LANÇA, Hugo, *Em defesa da função publicitária da marca*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 17 – 2017, p. 151.

¹³⁷ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 145.

¹³⁸ «Existe uma tutela jurídica da expectativa do consumidor que é criada pela marca. [...] o Direito das marcas fá-lo pelo interesse geral público dos consumidores, através da função de garantia de qualidade não enganosa da marca.» Desta forma, assegura que a qualidade do bem corresponde ao que a marca transmite, seja através do seu sinal ou da sua função publicitária». MOURA, António Souto, *As Funções da Marca e a Tutela Jurídica da Expectativa do Consumidor*, 2016, p. 81.

não significa que não assuma elevada importância para o consumidor, pois se o empresário faz um uso sério do sinal quererá que o consumidor mantenha a sua confiança na marca.¹³⁹

Na prática, uma empresa ao registar um sinal enquanto marca tem todo o interesse económico em manter ou melhorar a qualidade dos seus produtos ou serviços, pois disso depende o seu sucesso empresarial¹⁴⁰.

Como afirma M. Nogueira Serens, «no plano sócio-económico, ao lado da função distintiva, a marca desempenha também uma função de *garantia de qualidade* [...]. Da *constância* da fonte produtiva, o consumidor tem razões para deduzir a *constância* de padrões de qualidade e a manutenção das características dos produtos que ostentam o (mesmo) sinal»¹⁴¹.

2.2.3. A função publicitária

Apesar de ser amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência que a função primordial da marca é a da distinção, têm vindo cada vez mais a ser reconhecidos os efeitos da função publicitária¹⁴².

Concordamos que a melhor definição da função publicitária é a da influência exercida pela marca no psicológico dos consumidores, fazendo

¹³⁹ Salienta Hugo Lança que ao direito do consumo é que cabe a protecção dos consumidores, enquanto que à propriedade industrial a dos empresários, sendo que a função de garantia de qualidade da marca nunca poderá ser tida como a principal função da marca. LANÇA, Hugo, *Em defesa da função publicitária da marca*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 17 – 2017, p. 151.

¹⁴⁰ SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 145.

¹⁴¹ SERENS, Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?*, in Boletim de Ciências Económicas, Vol. 37, 1994, p. 239.

¹⁴² Nomeadamente, o STJ, afirmou que « É consensual entre os tratadistas que a marca, que é um dos sinais distintivos de mercadorias ou produtos – dominada pelos princípios da novidade e da especialidade – tem, além da essencial função distintiva, uma função de garantia da qualidade dos produtos ou serviços e uma função acessória mas não menos importante – a função publicitária, sobretudo como meio de difusão entre os consumidores sabido que é que a publicidade atinge todas as classes sociais logo uma variedade incontável de perfis de consumidores.» STJ, processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1, datado de 13.07.2010, relator Fonseca Ramos, disponível em www.dgsi.pt.

com que estes lhe associem diversas características e entendam, pela experiência, que os diferentes produtos ou serviços partilharão as mesmas características por terem a mesma proveniência.

Adelaide Menezes Leitão afirma que a função publicitária tem vindo a ter cada vez mais predominância, significando a influência que a marca consegue ter sobre os consumidores, manipulando a sua escolha de acordo com a imagem de mercado que o produto tem¹⁴³.

Igualmente Nogueira Serens defende que a marca, numa perspectiva económica, é capaz de «captar e influenciar a preferência do público», definindo essa capacidade como a função sugestiva ou publicitária¹⁴⁴.

No mesmo sentido escreve António Souto Moura afirmando que «[...] considerar a função publicitária como uma função jurídica da marca pode ser uma janela para a uma defesa do consumidor [...]»¹⁴⁵.

Mesmo que a função publicitária da marca não esteja presente na legislação, a verdade é que existe um reflexo directo dessa função: as marcas de prestígio ou grande notoriedade^{146,147}.

Quando estamos na presença de uma marca notória ou de prestígio, que impedem que um terceiro registe sinal semelhante¹⁴⁸ (a marca de prestígio impede mesmo que seja referente a produtos ou serviços completamente diferentes¹⁴⁹), está em causa exactamente o

¹⁴³ LEITÃO, Adelaide Menezes, *Palavras-chave, Publicidade, Uso da Marca e Concorrência Desleal*, in *Direito Industrial – VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 20.

¹⁴⁴ SERENS, Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?*, in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 37, 1994, p. 240.

¹⁴⁵ MOURA, António Souto, *As Funções da Marca e a Tutela Jurídica da Expectativa do Consumidor*, 2016, p. 83.

¹⁴⁶ Neste sentido, SILVA, Pedro Sousa e, *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011, p. 147.

¹⁴⁷ «... a protecção das marcas de prestígio e de grande notoriedade implica uma autonomização da função publicitária, a acrescer à função distinta». LEITÃO, Adelaide Menezes, *Palavras-chave, Publicidade, Uso da Marca e Concorrência Desleal*, in *Direito Industrial – VOL VIII*, Almedina, 2012, p. 19.

¹⁴⁸ Afastando assim, como afirmámos anteriormente, o princípio da especialidade.

¹⁴⁹ Art. 242.º, n.º 1 do CPI.

elevado valor da marca no mercado e a sua capacidade de atrair os consumidores (daí se entende que, mesmo que fossem produtos diferentes, o consumidor pensaria sempre tratar-se da mesma marca. E ao ocorrer essa associação por parte do consumidor, certamente que a marca de grande notoriedade seria desvalorizada).

PARTE II

A VENDA DE BENS DE CONSUMO E GARANTIAS

O Decreto-Lei n.º 67/2003

Capítulo V

Âmbito de aplicação e objectivos

O DL n.º 67/2003, de 8 de Abril^{150,151} veio inserir no ordenamento jurídico português normas específicas aplicáveis aos contratos de compra e venda de bens de consumo¹⁵². A necessidade de normas vocacionadas para os contratos de consumo, distintas das consagradas no CC, é motivada pelas especificidades que pautam as relações de consumo, nomeadamente pela disparidade de informação detida pelas partes sobre o objecto contratual¹⁵³.

Uma vez que o contrato é incontestavelmente o «mais importante negócio jurídico»^{154,155}, não só pela frequência com que se celebram, mas também pela importância que os seus resultados têm no quotidiano¹⁵⁶, é crucial existirem regras adequadas aos contratos celebrados entre profissionais e consumidores^{157,158}.

O diploma resulta da transposição da directiva europeia 1999/44/CE^{159,160} que tinha três grandes objectivos explanados nos seus

¹⁵⁰ Na redacção dada pelo DL n.º 84/2008, de 21 de Maio.

¹⁵¹ Foi este o diploma nacional que resultou da transposição da directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

¹⁵² Nas palavras de António Pinto Monteiro, «optou o legislador português pela “solução pequena”, tendo limitado a sua intervenção às *relações de consumo* e deixado intacto o Código Civil». MONTEIRO, António Pinto, *Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, in Estudos do Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, 2003, p. 132.

¹⁵³ Direito do Consumo visto como um intruso no sistema jurídico português. ASCENSÃO, José Oliveira de, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, in *Themis*, 2008, p. 163.

¹⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I Acções e Factos Jurídicos, Almedina, 1999, p. 366.

¹⁵⁵ Neste sentido, VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª edição, Almedina, 2008, p. 211.

¹⁵⁶ COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito da Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2011, p. 201.

¹⁵⁷ «Sendo a “Lei de Defesa do Consumidor” uma lei especial em relação ao CC, deverá prevalecer o seu regime, a menos que a disciplina da venda de coisa defeituosa do art. 913º do CC se revele mais favorável para o comprador/consumidor». TRP, processo n.º 0831242, datado de 26.06.2008, relator Ana Paula Lobo, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁵⁸ «[...] diploma com uma enorme importância prática, que regula o negócio jurídico que (talvez) com maior frequência é celebrado: a compra e venda entre um profissional e um consumidor». PINTO, Alexandre Mota, *Venda de Bens de Consumo e Garantias, o Direito Vivido nos Tribunais*, in I Congresso de Direito de Consumo, Almedina, 2016, p. 189.

¹⁵⁹ Directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

¹⁶⁰ Na opinião de Paulo Mota Pinto, esta directiva é a mais importante no âmbito contratual dos Estados-membros, sendo um impulso notório na harmonização do direito civil dos mesmos. PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, A Directiva 1999/44/CE e o direito português*, in Estudos de Direito do Consumidor – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 201.

considerandos, a saber: garantir um mínimo de protecção aos consumidores, quer nas transacções internas quer nas internacionais¹⁶¹; eliminar as distorções na concorrência entre vendedores e entraves ao desenvolvimento da venda de bens através da *internet*, reforçando também a confiança e facilitando a livre circulação de mercadorias; e ainda modernizar os Direitos nacionais no que diz respeito às garantias contra vícios na compra e venda de bens móveis¹⁶².

Aliás, tal como é referido na directiva¹⁶³, uma das grandes dificuldades dos consumidores e um dos pontos de maior discórdia entre consumidores e vendedores é a falta de conformidade do bem entregue em relação ao contrato celebrado.

Neste sentido, aproximar as legislações dos Estados membros da UE no que diz respeito à venda de bens de consumo torna-se um objectivo comunitário e um meio idóneo a minimizar conflitos de consumo, uma vez que, devido à liberdade de circulação de mercadorias, os consumidores comprem bens noutros Estados membros¹⁶⁴ e todo o comércio é feito a nível europeu e mundial.

Assim, dado o desajustamento das regras tradicionais contidas no CC¹⁶⁵ (nomeadamente, art. 874.º e ss do CC), tornou-se imperativa a criação de normas adequadas à compra e venda de bens de consumo.

¹⁶¹ Nas palavras de Paulo Mota Pinto, a directiva pretendeu também criar um «corpo mínimo comum de direito do consumo». PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in Estudos de Direito do Consumido – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 208.

¹⁶² Neste sentido, VICENTE, Dário Moura, *Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, in Themis, ano III, n.º 4, 2001: 121-144, p. 124.

¹⁶³ Considerando n.º 6 da directiva 1999/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

¹⁶⁴ Considerando n.º 2 da directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

¹⁶⁵ O STJ, num acórdão datado de 17.12.2015, afirmou que «aquilo que no regime legal que regula a venda de bens de consumo (DL n.º 67/2003, de 08-04, alterado pelo DL n.º 84/2008, de 21-05) se designa como falta de conformidade com o contrato corresponde à noção tradicional de defeitos do bem» definição com a qual não podemos concordar. STJ, processo n.º 1174/12.3TVLSB.L1.S1, datado de 17-12-2015, relator Maria de Graça Trigo, disponível em www.dgsi.pt.

Nas palavras de Menezes Leitão, «o regime clássico consagrado nos diversos códigos civis europeus para o cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda apresenta quase sempre *distorções* em prejuízo dos consumidores»¹⁶⁶. Note-se que o regime criado pela directiva não vem substituir os regimes já existentes nos Estados membros da União Europeia, aplicáveis a qualquer compra e venda, mas sim *vigorar ao lado* destes¹⁶⁷, sendo específico para os contratos de compra e venda de consumo e de prestação de serviços. Este regime em concreto veio apenas substituir o regime geral aquando da presença de uma relação de consumo, ou seja, apenas na celebração de um contrato de consumo é que o regime geral é afastado. Desta forma, o regime não se aplica a todos os contratos de compra e venda ou de prestação de serviços, nomeadamente entre profissionais ou nos quais as partes sejam ambas consumidoras.

Se existissem apenas as disposições gerais do CC, o consumidor ao celebrar o contrato teria sempre de assegurar que a coisa era conforme e idónea ao fim, sendo que a criação destas regras específicas faz o ónus de prova recair sobre o vendedor¹⁶⁸.

Relativamente ao âmbito de aplicação do diploma, este aplica-se a outros contratos além dos contratos de compra e venda de bens de consumo (art. 1.º-A, n.º 1 DL n.º 67/2003), integrando também no seu escopo, com as devidas adaptações, os contratos de consumo a fabricar ou a produzir bem como de locação de bens de consumo (art. 1.º-A, n.º 2 do mesmo diploma). Assim, o DL n.º 67/2003 aplica-se não só a contratos de compra e venda de bens de consumo como também a contratos de empreitada e de locação de bens.

¹⁶⁶ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 37.

¹⁶⁷ VICENTE, Dário Moura, *Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, in Themis, ano III, n.º 4, 2001: 121-144, p. 124.

¹⁶⁸ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 45.

Além disso, o diploma apenas é aplicável às relações de consumo, *i.e.*, ao contrato celebrado entre profissional e consumidor. Apesar de não existir uma definição única de consumidor no ordenamento jurídico^{169,170,171}, e consequentemente de relação de consumo, conseguimos encontrar uma definição no diploma. No entanto, essa definição não é nenhuma novidade uma vez que o legislador optou por seguir a definição já existente na LDC¹⁷² (art. 2.º, n.º 1 LDC). De acordo com o art. 1.º-B do DL n.º 67/2003, «consumidor é aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios»¹⁷³.

Antes de tecermos quaisquer considerações, importa definir consumidor e consequentemente, relação de consumo.

No dicionário jurídico encontramos um conceito de consumidor¹⁷⁴. No mesmo sentido que já afirmámos, uma das primeiras informações que retiramos da definição de consumidor no dicionário jurídico é a existência de vários conceitos. No entanto, aquela que surge como a definição escolhida é a que consta do art. 2.º da LDC.

Carlos Ferreira de Almeida afirma que para concluirmos que estamos perante uma relação de consumo é necessária a presença cumulativa de quatro elementos, a saber: o elemento subjectivo; o

¹⁶⁹ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 26.

¹⁷⁰ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, colecção teses, Almedina, 1990, p. 58.

¹⁷¹ No mesmo sentido, OLIVEIRA, Fernando Baptista, *O Conceito de Consumidor Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009, p. 51.

¹⁷² Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, a definição de consumidor explanada na LDC é a mais relevante. CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 17.

¹⁷³ Neste sentido, a título de exemplo, STJ, processo n.º 1097/04.0TBLL.E1.S, datado de 20.10.2011, relator Moreira Alves, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁷⁴ PRATA, ANA, *Dicionário Jurídico*, volume I, 5.ª edição, Almedina, 2011, p. 360 e 361.

elemento objectivo; o elemento teleológico¹⁷⁵ e o elemento relacional^{176,177}.

A primeira barreira é o elemento subjectivo, que não apresenta grande restrição, acabando por incluir todas as pessoas físicas ou jurídicas.

Também o elemento objectivo não origina grandes dúvidas, por englobar todos os contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços ou quaisquer transmissões de direitos.

No entanto, o elemento teleológico começa a fazer uma delimitação, exigindo que a utilização do bem ou o serviço não tenha fins profissionais.

O elemento teleológico exige que os bens ou serviços objecto do contrato de consumo sejam alheios ao uso profissional por parte do consumidor, ou seja, que a utilização que o consumidor venha a dar seja apenas para a sua vida privada e não profissional¹⁷⁸.

Por fim, o elemento relacional impõe que a parte que forneça o bem ou preste o serviço seja profissional, afastando desta forma a aplicação das regras do direito do consumo aos casos de relação contratual entre dois consumidores (como é o caso de um contrato de compra e venda de um CD, numa plataforma eletrónica, como o «OLX», entre uma pessoa que é contabilista e outra que é professora primária, não exercendo nenhuma delas qualquer profissão relacionada com o bem, simplesmente um vende um bem que tem e o outro compra).

¹⁷⁵ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 32.

¹⁷⁶ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 18.

¹⁷⁷ Também neste sentido têm vindo a explicar os tribunais portugueses, nomeadamente TRC, processo n.º 452/13.9TBCBR.C1, datado de 03.11.2015, relator Jorge Arcanjo; TRP, processo n.º 298/11.9TBPFR.P1, datado de 08.05.2014, relator Leonel Seródio, ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

¹⁷⁸ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 32-33.

Por várias vezes os tribunais portugueses já se pronunciaram sobre a inexistência de uma única definição de consumidor¹⁷⁹, tendo o TRC afirmado¹⁸⁰ que é possível definir o consumidor como pessoa singular, a quem são fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados somente a uso não profissional, por pessoa que exerça a actividade com carácter profissional e cujo objectivo resulta na obtenção benefícios económicos. Acrescentou ainda que é a «finalidade do acto de consumo que determina, essencialmente, a qualificação do consumidor como sujeito do regime de benefício que aqueles diplomas legais regulamentam, partindo da presunção de que se trata da parte mais fraca, menos preparada tecnicamente, em confronto com um contratante profissional, necessariamente conhecedor dos meandros do negócio que exercita».

No entanto, ao contrário do que está patente na definição de consumidor constante da LDC, o art. 2.º do DL n.º 67/2003 exclui a sua aplicação a pessoas colectivas e profissionais, mesmo que actuem fora da sua actividade profissional¹⁸¹.

Por outro lado, o DL define vendedor como «qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional» (art. 1.º-B, c).

Desta forma, ficam excluídos da aplicação do regime da venda de bens de consumo os contratos celebrados entre não profissionais¹⁸² e contratos de venda de bens de consumo invertidos, nos quais um profissional compra um bem a um consumidor¹⁸³. Não concordamos com

¹⁷⁹ Por exemplo, neste sentido STJ, processo n.º 1944/11.0TBPBL.C1.S1, datado de 08.10.2015, relator João Bernardo, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁸⁰ TRC, processo n.º 1141/10.1TBMGR-A.C1, datado de 18.12.2013, relator José Avelino Gonçalves, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁸¹ Neste sentido, PINTO, Paulo Mora, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in Estudos de Direito do Consumidor – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 201.

¹⁸² LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 41.

¹⁸³ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 41.

a interpretação de que qualquer uso profissional do bem obsta a que o regime seja aplicado¹⁸⁴, já que tal visão parece-nos ser fortemente limitadora da protecção do consumidor, além de não ter base legal.

Não obstante, somos da opinião de que o diploma não se aplica aos casos em que o bem é vendido a um consumidor por outro que usou o bem na sua actividade profissional, mas sim que o vende como consumidor e não como profissional¹⁸⁵. Supondo que o vendedor comprou anteriormente um bem que utilizou no desenvolvimento da sua actividade profissional e agora já não o faz ou até abandonou essa mesma actividade, a venda do bem não está a ser processada nas vestes de um profissional mas sim de consumidor. Por exemplo, a venda de um automóvel profissional coberto de publicidade utilizado para deslocações de trabalho, cuja venda resulta da dissolução da empresa.

No entanto, ao contrário do que afirma Menezes Leitão, entendemos que o diploma não se aplica porque simplesmente não estamos perante uma relação de consumo, *i.e.*, esta situação integra-se na situação *supra* identificada, a de relação consumidor-consumidor, pelo que não precisamos de recorrer ao argumento do uso profissional do bem.

Relativamente aos bens objecto do contrato, de acordo com o art. 2.º, b), o diploma é aplicável a todos os bens imóveis ou móveis corpóreos, novos ou usados¹⁸⁶, com excepção dos bens vendidos por via de penhora ou execução judicial, água, gás e eletricidade. Porém, se estiver em causa uma determinada quantidade o diploma já é aplicável, como é o exemplo de uma garrafa de água.

¹⁸⁴ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 42.

¹⁸⁵ O exemplo dado por Menezes Leitão é o de um advogado usar um computador no seu escritório particular e depois vendê-lo a um consumidor, enquanto consumidor também. LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 42.

¹⁸⁶ Mesmo que estes bens tenham protecções diferentes, nomeadamente a possibilidade das partes reduzirem o prazo de garantia, também estão incluídos no âmbito de aplicação do DL n.º 67/2003.

O art. 2.º, n.º 4 prevê a falta de conformidade também aos contratos mistos de compra e venda e de prestação de serviços, em concreto a instalação do bem. No caso da instalação fazer parte do contrato de compra e venda, e tiver sido levada a cabo pelo vendedor, nomeadamente a instalação de um aparelho de ar condicionado numa moradia, ou sob a sua responsabilidade, ou ainda se o produto for instalado pelo consumidor e a falta de conformidade advier das instruções de montagem (com referência nesta última situação por exemplo, um contrato de compra e venda entre um consumidor e o IKEA, resultante da compra de uma cama e as respectivas instruções de montagem estiverem incorrectas). Desta forma, o diploma aplica-se ainda ao serviço de instalação incluído no contrato de compra e venda.

Capítulo VI

A conformidade

No diploma é possível encontrar referência ao critério da conformidade. Neste particular, o diploma impõe que o vendedor entregue os bens de consumo em conformidade com o contrato (art. 2.º, n.º 1)¹⁸⁷, pelo que nasce uma obrigação nestes termos, em concordância com as descrições feitas no contrato que foi celebrado entre as partes¹⁸⁸, bem como de acordo com as declarações feitas previamente à celebração do contrato e, como se verá, as informações contidas na publicidade e nos rótulos, se for caso disso.

A conclusão de conformidade, ou da falta dela, resulta da comparação entre a prestação acordada pelas partes e o bem ou serviço efectivamente prestado^{189,190}.

Uma vez que o contrato é um negócio jurídico bilateral¹⁹¹ ou plurilateral, se celebrado entre duas ou mais partes, respectivamente, as partes têm de acordar entre si (art. 232.º), mediante a declaração de vontade (art. 217º e seguintes)^{192,193}, relativamente a todos os aspectos que entendam como importantes para o desenrolar da relação contratual. Desta forma, o objecto do contrato em concreto resulta da integração no mesmo de todos os enunciados.

¹⁸⁷ Neste sentido, o TRC afirmou que «muito embora a obrigação de conformidade com o contrato derive já dos princípios gerais e do regime legal do contrato de compra e venda no Código Civil (arts. 406º, 763º, 879º e 882º) e da própria Lei de Defesa do Consumidor (art. 4º), ela é expressamente imposta no art. 2º, nº 1 do DL nº 67/2003, de 8/4, pois “o vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda”». TRC, processo n.º 1684/08.7TBCBR.C1, datado de 01.03.2016, relator Jorge Arcanjo, disponível em www.dgsi.pt.

¹⁸⁸ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II, Almedina, 2005, p. 43.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 166.

¹⁹⁰ CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo-Reflexão sobre a Autonomia Privada do Direito do Consumo*, 2011, p. 424.

¹⁹¹ Por sua vez os negócios jurídicos distinguem-se entre unilaterais, cujos têm somente uma parte, e os contratos, que possuem necessariamente duas ou mais partes. LEITÃO, Luis Manuel Tele de Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 2010, p.191.

¹⁹² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos I*, 5ª edição, Almedina, 2013, p. 29.

¹⁹³ O contrato só está fechado quando as partes tenham concordado em relação a todas as questões que julguem necessárias, a não ser que optem pelo regime supletivo previsto na legislação. Enquanto não existir tal acordo, estaremos nos actos preparatórios ou preliminares. NETO, Abílio, *Código Civil Anotado*, Ediforum, 2010, p. 130.

No entanto, não só o contrato é formado de enunciados dos contraentes mas também de elementos externos¹⁹⁴, como é o caso das mensagens publicitárias.

Desta forma, ressalva-se que a desconformidade, *i.e*, a falta da conformidade do bem face ao contrato, não tem qualquer correspondência com a regular definição de defeito^{195,196}, presente no CC. O conceito de defeito, regra geral, contém a ideia de incapacidade de cumprir o efeito para o qual foi contratada^{197,198}, ao contrário do conceito de desconformidade.

O TRP¹⁹⁹ já definiu o conceito de defeito como um «desvio à qualidade devida, desde que a divergência seja relevante, sendo que o defeito pode ser entendido em sentido objectivo ou subjectivo». Se estivermos a falar do sentido objectivo, então estaremos perante um desvio à qualidade normal da coisa. Já o sentido subjectivo ocorre quando a coisa não possua as qualidades que o comprador, devido ao contrato que as partes celebraram, podia legitimamente esperar. Na opinião do tribunal, a noção de defeito presente no CC tem como base ambos os critérios.

A desconformidade é «o resultado negativo de uma aferição pelos valores de conformidade, sob qualquer um dos aspectos que esta pode

¹⁹⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo-Reflexão sobre a Autonomia Privada do Direito do Consumo*, 2011, p. 419.

¹⁹⁵ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, *in* Estudos de Direito do Consumidor – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 222.

¹⁹⁶ «Os tribunais têm entendido que o conceito de não conformidade é mais abrangente que os tradicionais defeitos materiais inerentes à coisa, abrangendo qualquer desconformidade entre a coisa entregue e a acordada». PINTO, Alexandre Mota, *Venda de Bens de Consumo e Garantias, o Direito Vivido nos Tribunais*, *in* I Congresso de Direito de Consumo, Almedina, 2016, p. 197.

¹⁹⁷ A título de exemplo, o carro que não anda, a empreitada para impedir que a água do exterior fique no interior da casa, entre outros.

¹⁹⁸ Tal como acontece no CC que consubstancia uma das razões para, inicialmente, termos avançado a ideia de tais disposições não serem suficientes para o direito do consumo.

¹⁹⁹ TRP, processo n.º 1073/2000.P1, datado de 14.07.2010, relator Henrique Antunes, disponível em www.dgsi.pt.

revestir»²⁰⁰. A conformidade ou desconformidade do bem de consumo apenas pode ser averiguada face ao contrato. Por exemplo, se for celebrado um contrato de compra e venda de uma peça rachada, pertencente a um serviço de loiça rachada utilizado no século XIX, por Jorge VI, e ao invés é entregue uma peça inutilizada intacta, apesar de idêntica e da mesma época, a última será desconforme com o contrato de consumo celebrado.

Neste sentido, Carlos Ferreira de Almeida afirma que quando um objecto é descrito essa informação vai emoldurar não só «qual é e como é, mas qual deve ser e como deve ser esse objecto»²⁰¹. Afirmando ainda que o critério de identificação é o da conformidade entre o texto e o objectivo do acto executivo²⁰².

3.1. Presunção de não conformidade

A desconformidade, como defende Carlos Ferreira de Almeida²⁰³, de forma geral, pode derivar de um erro espontâneo, de dolo ou ainda consistir numa forma derivada de execução do contrato por parte do vendedor.

A primeira consequência da falta de conformidade do bem entregue ao consumidor é obrigar o vendedor a repor a conformidade da coisa²⁰⁴.

Alexandre Mota Pinto afirma que «os tribunais têm reconhecido que o consumidor tem apenas de provar que se verifica uma das circunstâncias previstas no art. 2.º, n.º 2, presumindo-se então a não conformidade (art. 3.º, n.º 2). [...] A verdade é que encontrámos muito

²⁰⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1990, p. 641.

²⁰¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1990, p. 639.

²⁰² ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1990, p. 639.

²⁰³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p.120.

²⁰⁴ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in *Estudos de Direito do Consumidor – N.º 2*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 231.

poucas decisões em que o vendedor se tenha desembaraçado desse ónus»²⁰⁵.

Mais do que uma presunção de desconformidade, entendemos que o art. 2.º, n.º 2, contém uma listagem de situações de desconformidade, que não é exaustiva mas tão só exemplificativa. As presunções de desconformidade, *a contrario*, mostram diversas exigências, a saber:

3.1.1. A correspondência

A correspondência tem de ser absoluta, não podendo ser afastada pelas partes a relevância que as suas declarações tem na definição da prestação²⁰⁶.

A coisa entregue tem de, por um lado, ter todas as características correspondentes à descrição que o vendedor fez ao consumidor e por outro, ter todas as qualidades que o vendedor tenha apresentado através de amostra ou modelo²⁰⁷.

Neste sentido, qualquer descrição que seja feita pelo vendedor de forma oral, escrita, através de cartazes, panfletos, *websites* ou de quaisquer outras formas, integram o conteúdo do contrato²⁰⁸. Outro exemplo é a venda de bens de consumo com recurso a fotografias (nomeadamente a compra e venda de automóveis através do *website* «*Standvirtual*»), sendo que aí o bem prestado tem de corresponder ao da fotografia, com as características que estão aí ilustradas (por exemplo, a

²⁰⁵ PINTO, Alexandre Mota, *Venda de Bens de Consumo e Garantias, o Direito Vivido nos Tribunais*, in I Congresso de Direito de Consumo, Almedina, 2016, p. 206.

²⁰⁶ Esta incapacidade que as partes têm de afastar as declarações que definiram a prestação demonstra o carácter imperativo de muitas normas do direito do consumo, criado para garantir a protecção do consumidor perante certas circunstâncias.

²⁰⁷ PINTO, Paulo Mora, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in Estudos de Direito do Consumido – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 235.

²⁰⁸ Neste sentido, PINTO, Paulo Mora, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A directiva 1999/44/CE e o direito português, in Estudos de Direito do Consumido – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 237.

cor da pintura, os quilómetros indicados e ainda o interior do veículo no estado em que foi apresentado).

Concordamos que até as descrições vagas geram vinculação²⁰⁹. Por exemplo, se um vendedor anuncia o seu detergente como o mais eficaz comparativamente a todos os outros presentes no mercado, apesar de não ser específico, tem de ter no mínimo boa qualidade face aos similares; ou, por exemplo, se afirma que o seu chá é tão bom como o inglês, o produto terá de ter qualidade uma vez que o consumidor associa ao chá inglês um produto de qualidade. Mesmo que em nenhum dos dois exemplos se possa considerar uma descrição precisa e mesmo que a interpretação dependa do consumidor que recebe a informação, a verdade é que também essas descrições genéricas são critérios para determinar a prestação²¹⁰.

Posto isto, naturalmente que a amostra e o modelo também vinculam o vendedor, sendo que a amostra afere as qualidades ou características de certo bem, que não está disponível para ser imediatamente observado²¹¹. Já o modelo é uma pequena reprodução de certo produto, na qual é possível observar as principais características. Desta forma, a amostra e o modelo geram uma expectativa justificada no consumidor e servem como declaração negocial, pois representam todas as características que o bem terá, enformando a prestação do contrato. É exactamente por esse motivo que o art. 21.º, alínea c, do DL n.º 446/86 insere na lista das cláusulas absolutamente proibidas as que permitam a não correspondência entre a prestação e as amostras ou exhibições.

Assim, as informações prestadas pelo vendedor têm de ser «precisas, pontualizadas ou pormenorizadas, relativas a características ou qualidades concretas ainda que não essenciais da coisa oferecida, da

²⁰⁹ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo-Reflexão sobre a Autonomia Privada do Direito do Consumo*, 2011, p. 432-433.

²¹⁰ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, pp. 203-204.

²¹¹ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, 5ª edição, Almedina, 2011, p. 119.

coisa específica ou do género a que pertence»²¹², face às declarações públicas como às privadas feitas entre as partes durante as negociações.

Calvão da Silva²¹³ defende que no caso de ser utilizado pelo vendedor um modelo ou uma amostra na negociação, entende-se que os contraentes pretenderam que o objecto contratual tenha as mesmas características.

Posto isto, todas as declarações pré-contratuais, efectuadas nos preliminares da celebração do contrato, são eficazes e como tal, enformam o objecto contratual.

As cláusulas que afastem a vinculação e a eficácia das declarações pré-contratuais são nulas, não produzindo qualquer eficácia.

Da mesma forma que o art. 7.º, n.º 5, da LDC consagra que todas as informações concretas e objectivas, que derivem das mensagens publicitárias são parte integrante do conteúdo dos contratos celebrados, após a emissão de tais mensagens (essa emissão pode ser feita através da distribuição na rua, ou colocação nas caixas de correio, de panfletos, emissão televisiva de anúncios, entre outros), não sendo possível afastar a integração dessas informações no conteúdo do contrato de consumo celebrado.

Conclui-se que os critérios que servem de base à aferição da conformidade da prestação começam, desde logo, a surgir muito antes do momento do seu cumprimento e por vezes, antes das negociações entre as partes²¹⁴.

²¹² SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª edição, Almedina, 2010, p. 86.

²¹³ SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª edição, Almedina, 2010, p. 85.

²¹⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo-Reflexão sobre a Autonomia Privada do Direito do Consumo*, 2011, p. 424.

3.1.2. Adequação

As declarações que o consumidor fizer, aquando das negociações do contrato e o vendedor aceitar, relativamente ao fim do bem são também incluídas no contrato.

Por aceitar entendemos que basta que o vendedor não rejeite a informação do consumidor.

Assim, o fim levado ao conhecimento do vendedor integra efectivamente o contrato e o objecto do contrato tem de ser idóneo a satisfazer esse fim. Naturalmente que a capacidade de cumprir o fim pretendido pelo consumidor só é exigível se este tiver dado a conhecer tal facto ao vendedor, no caso de o fim desejado ultrapassar as utilizações normais.

Mesmo que a lei se refira a uma informação por parte do consumidor, o que está em causa é a declaração do mesmo (que faz parte da formação do contrato). Desta forma, se o objecto não for capaz de levar a cabo o fim conhecido pelo vendedor o mesmo não é conforme ao contrato, uma vez que a declaração do consumidor integra o contratualmente estabelecido.

3.1.3. Idoneidade

Não obstante a idoneidade para satisfazer o fim declarado, para que seja conforme com o contrato, o objecto tem ainda de ser capaz de desempenhar todas as utilizações habitualmente dadas aos bens semelhantes. Assim, é necessário que o bem seja adequado a todas as utilizações normais além daquela que foi declarada expressamente pelo consumidor. O critério utilizado para definir quais são as utilizações normais do bem deve ser objectivo, não sendo analisadas de acordo com

um consumidor em concreto. Em princípio, aquele que será o uso normal do bem será aquele que permite retirar dele a normal utilidade²¹⁵.

Em suma, não é possível às partes afastarem tais características do bem. Para que seja conforme é preciso que cumpra o fim declarado e ainda todos aqueles que, apesar de não terem sido declarados pelo consumidor, são habitualmente satisfeitos pelo bem.

3.1.4. Qualidade e desempenho

Finalmente, a alínea d) do art. 2.º, n.º 2, impõe que o bem entregue tenha a qualidade e o desempenho habitual, que são exigências diferentes das feitas anteriormente, que se referem tão só às utilizações habituais. Para que o bem seja conforme é preciso que tenha as qualidades e o desempenho normais nos bens análogos que o consumidor pode normalmente esperar tendo em conta os bens do mesmo tipo.

Aquilo que é expectável pelo consumidor deve ser aferido com recurso a critérios subjectivos para uma maior protecção do consumidor. Para determinar as qualidades e o desempenho que razoavelmente o consumidor espera do bem em concreto, deve atender-se à sua natureza (nomeadamente materiais, consistência, especificações) e ao estado em que se encontra o produto (novo ou usado, dentro desta segunda categoria com quanto tempo de utilização).

De facto, no desempenho esperado deve estar incluída uma característica temporal²¹⁶ uma vez que, dependendo do bem em causa, existe um período de desempenho que o consumidor acredita que o bem vai durar. Por exemplo, se o consumidor compra um *robot* de culinária

²¹⁵ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, Almedina, p. 208.

²¹⁶ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo*, Almedina, 2005, pp. 50-51.

não espera que ele tenha o desempenho normal durante meras semanas ou meses.

Adicionalmente, integram ainda o contrato as declarações públicas sobre as características feitas pelo vendedor, produtor ou seu representante, nomeadamente na publicidade ou rotulagem. Voltaremos a este ponto adiante.

As redes de distribuição modernas classificam-se pela venda de produtos em grandes superfícies, baseadas na produção em série e na distribuição em cadeia. Desta forma, a directiva não tem como base as redes de distribuição tradicionais que permitem a compra e venda de coisa específica e não genérica²¹⁷.

O consumidor pretende que o produto tenha as funções e qualidades normais. No entanto, se as declarações destinadas ao consumidor concreto ou proferidas através das declarações ao público realçarem ou adicionarem mais características, face às habitualmente esperadas, essas também integram o contrato e devem, assim, ser esperadas pelo consumidor²¹⁸.

Deste modo, apenas no caso do objecto contratual ultrapassar estes obstáculos legais, erguidos pelo DL n.º 67/2003, é que se pode considerar o bem entregue ou o serviço prestado conforme com o contrato celebrado, sendo que outros aspectos, não incluídos na listagem exemplificativa do DL, podem evidenciar a falta de conformidade do bem entregue.

Não obstante, existe uma excepção ao direito do consumidor de exigir a conformidade do bem quando constata a falta de conformidade. De acordo com o art. 2.º, n.º 3, não é considerada falta de conformidade, para efeitos do diploma, aquela que, no momento de celebração do contrato, era conhecida pelo consumidor ou se este não puder

²¹⁷ Art. 539.º e ss do CC.

²¹⁸ SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª edição, Almedina, 2010, p. 92.

razoavelmente ignorá-la ou, ainda, se decorrer dos materiais que o próprio consumidor forneceu ao vendedor.

Entendemos que no caso de o vendedor informar o consumidor sobre a falta de conformidade deve fazê-lo de forma expressa e clara e mediante a aceitação do consumidor.

Nesse caso o bem é conforme²¹⁹ uma vez que o consumidor conhecia ou não podia razoavelmente ignorar a sua falta (por exemplo, o risco grosseiro na pintura do veículo automóvel ou a peça de loiça rachada). No entanto, não nos parece integrar o conceito de «razoavelmente cognoscível» a falta de uma peça essencial num electrodoméstico, por exemplo.

O consumidor aceita o bem com conhecimento da sua falta de conformidade face ao habitualmente expectável de um bem daquele tipo e com aquelas características, pelo que o contrato celebrado integra as características que o vendedor declara ou que o consumidor razoavelmente constata do bem.

3.1.4.1. Qualidade

O art. 60.º da CRP, sem os definir²²⁰, garante aos consumidores o direito à «qualidade dos bens e dos serviços consumidos, à formação e à informação, à protecção da saúde, da segurança e dos seus interesses económicos, bem como à reparação de danos».

Jorge Morais Carvalho afirma que a norma constitucional deve ser interpretada no sentido de exigir uma boa qualidade dos bens e serviços

²¹⁹ SILVA, João Calvão da, *Venda de Bens de Consumo*, 4ª edição, Almedina, 2010, p. 93.

²²⁰ OLIVEIRA, Fernando Baptista de, *O Conceito de Consumidor: Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009, p. 36.

de consumo. De facto, concordamos que se a norma pretendesse apenas exigir qualquer qualidade estaria desprovida de sentido²²¹.

No mesmo sentido da CRP dispõe o art. 4.º da LDC, de acordo com o qual «os bens e serviços destinados ao consumo devem ser aptos a satisfazer os fins a que se destinam e produzir os efeitos que se lhes atribuem, segundo as normas legalmente estabelecidas, ou, na falta delas, de modo adequado às legítimas expectativas do consumidor». Os n.ºs 2, 3 e 4 «prevêem que o consumidor disponha de uma garantia de um ano sobre o bom estado e bom funcionamento do bem»²²².

O Professor Carlos Ferreira de Almeida escreve que a qualidade assume dois sentidos diversos, a saber: «a qualidade enquanto padrão de referência e a qualidade enquanto propriedade da entidade referida»²²³. A qualidade de padrão de referência é um conceito que define um certo género de produtos, ao passo que a qualidade enquanto propriedade da entidade é uma característica associada apenas a um produto em específico, enquanto coisa individual.

A qualidade de um produto depende de vários aspectos, nomeadamente a sua composição físico-química; a quantidade global definida por dimensão, peso ou outra medida; aspecto exterior do produto; aspecto da embalagem; o *design* destes dois últimos; as características indirectamente indicativas de qualidade mínima ou de certa qualidade (marca, origem, antiguidade); processo de fabrico; durabilidade mediante o uso normal e aptidão para as finalidades comuns ou particulares do consumo²²⁴.

Em suma, o padrão de qualidade aplicável aos contratos de consumo vai derivar do encontro, cumulativo, de vários critérios, a saber:

²²¹ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 101.

²²² RODRIGUES, Luís Silveira, *Defesa do Consumidor e Direito Industrial*, in *Direito Industrial – VOL IV*, Almedina, 2005, p. 267.

²²³ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II Conteúdo. Contratos de Troca*, 3ª edição, Almedina, 2012, p.67.

²²⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 107.

a descrição pelo vendedor, a amostra ou modelo utilizado, o uso específico, o uso habitual, as normas legais, as legítimas expectativas do consumidor e as declarações públicas, nas quais se incluem a publicidade e a rotulagem^{225,226}.

3.1.5. Conceito de conformidade

Dadas as exigências acima descritas, para existir conformidade do bem entregue face ao contrato, concordamos que a definição de conformidade da prestação integra a ausência quer de defeito, quer de diferença de identidade e de quantidade, assim como a presença da qualidade do bem^{227,228}. Apenas a prestação que cumpra todos os requisitos é conforme.

A ideia subjacente à conformidade pode, de certa forma, ser encontrada no princípio da pontualidade que pauta os contratos. De acordo com o art. 406.º do CC, o contrato tem de ser cumprido em todos os seus aspectos. No entanto, a noção de conformidade é mais meticulosa do que a do princípio da pontualidade, uma vez que não se satisfaz pelo mero cumprimento²²⁹.

3.1.6. Momento relevante

O art. 3.º, n.º 1 estabelece o momento da entrega do bem ao consumidor pelo vendedor como o momento relevante para a determinação da conformidade deste face ao contrato.

²²⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Contratos II, Conteúdo. Contratos de Troca*, 3ª edição, Almedina, 2012, p. 73.

²²⁶ CARVALHO, Jorge Morais, *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011, p. 641.

²²⁷ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 200.

²²⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 161.

²²⁹ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 2016, 3ª edição, Almedina, p. 198.

Através da consagração desta regra afasta-se a regra geral consagrada no art. 796.º do CC (*ex vi* 918.º), a qual estabelece que o risco se transfere com a propriedade²³⁰.

Em concreto, com o diploma veio estabelecer-se que a regra, nos contratos de consumo, determina que a falta de conformidade da coisa verifica-se no momento da entrega da mesma ao consumidor e não com a conclusão do contrato de consumo²³¹. Aliás, em 2014, fruto da transposição da Directiva n.º 2011/83/UE²³², foi aditado o art. 9.º-C à LDC relativo à transferência do risco.

Além disso, depois de entregue o bem e existindo desconformidade manifestada no prazo de dois anos para as coisas móveis corpóreas e de cinco anos para as coisas imóveis corpóreas, presume-se que tal falta de conformidade já existia na data da entrega do bem, a não ser que a falta de conformidade seja incompatível com a sua natureza. Salvaguardando-se mais uma vez a posição contratual do consumidor (art. 3.º/2).

Não obstante esta alteração das regras gerais do CC relativamente à distribuição do risco, a verdade é a directiva comunitária indica aos Estados membros «que as referências à data de entrega não implicam que os Estados membros devam alterar as suas normas sobre transferência do risco»^{233,234}.

Assim, com a alteração introduzida pelo legislador, não restam dúvidas de que o DL n.º 67/2003 veio criar regras específicas face às do CC em regime de risco. Em suma, recai sobre o vendedor, até ao

²³⁰ À excepção dos defeitos que sejam imputáveis ao incumprimento da obrigação de custódia do vendedor, presentes nos arts. 882.º/1 e 918.º ambos do CC, e o regime da promessa de envio, presente no art. 797.º do CC que admite que a mora incorra por conta do credor, a não ser que ao devedor seja imputável dolo. LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Almedina, 2005, p. 55.

²³¹ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 4ª edição, Almedina, 2006, p. 19.

²³² Directiva n.º 2011/83/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2011.

²³³ Considerando n.º 14 da Directiva.

²³⁴ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Almedina, 2005, p. 55.

momento da entrega da coisa ao consumidor, o risco da falta de conformidade.

Capítulo VII

Os direitos do consumidor em caso de desconformidade

4. Os direitos em caso de desconformidade

Verificada a falta de conformidade do bem entregue ao consumidor em comparação com o objecto contratual, o consumidor tem o direito de exigir a conformidade do bem sem incorrer em encargos²³⁵. Para que essa conformidade se garanta, é possível ao consumidor exercer um de quatro direitos: a reparação, a substituição, a redução adequada do preço ou a resolução do contrato (todos eles presentes no art. 4.º, n.º 1).

No entanto, ao contrário do diploma europeu²³⁶, a lei portuguesa não estabelece nenhuma hierarquia de direitos, pelo que o consumidor pode escolher livremente o direito que pretende exercer sem ter de respeitar uma ordem concreta²³⁷.

A directiva faz uma divisão em dois grupos distintos e dependentes, já que apenas é possível ao consumidor escolher um direito integrado no segundo grupo quando os dois direitos incluídos no primeiro grupo já não possam ser exercidos. Desta forma, o primeiro grupo é composto pela reparação e pela substituição do bem; enquanto que o segundo grupo integra a redução do preço e a resolução do contrato.

Desta forma, de acordo com a directiva, inicialmente, os consumidores podem exercer o direito de reparação ou da substituição do bem que não é conforme com o contrato. Apenas se o exercício de um desses dois direitos for impossível ou desproporcional objectivamente é que o consumidor pode exercer, à sua escolha, o direito à redução proporcional do preço do bem ou à resolução do contrato. Note-se que,

²³⁵ Considerando n.º 10 directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

²³⁶ Considerando n.º 11 da directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas.

²³⁷ Neste sentido, o STJ já afirmou que os direitos do consumidor «não têm qualquer hierarquização ou precedência na sua escolha. Segundo o n.º 5 do art. 4.º do referido diploma legal, essa escolha apenas está limitada pela impossibilidade do meio ou pela natureza abusiva da escolha nos termos gerais». STJ, processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1, datado de 05-05-2015, relator João Camilo, disponível em www.dgsi.pt.

para o legislador europeu, a solução desproporcional é aquela que impõe custos excessivos em comparação com a outra solução.

Acresce que o legislador português não transpôs a hierarquia dos direitos dos consumidores presente na directiva. Por conseguinte, e atendendo ao instrumento utilizado, o legislador nacional podia ter acolhido a hierarquia no exercício do seu direito pelo consumidor em caso de falta de conformidade mas não o fez, nem expressa nem tacitamente. Não obstante e corroborando o entendimento que fazemos, é possível encontrar uma fronteira à liberdade de escolha do consumidor em caso de falta de conformidade do bem, expressa no n.º 5 do art. 4.º do diploma, imposta pelo abuso do direito nos termos gerais da lei, ou se a escolha do consumidor se manifestar impossível. Porém, somos a entender que apesar de não existir uma hierarquia, há sempre o limite proclamado pelo abuso de direito (art. 334.º do CC)^{238,239,240,241}.

No mesmo sentido já decidiu o STJ, afirmando que «perante um objecto defeituoso sobre que incide uma compra e venda integrada numa relação de consumo, o consumidor tem um leque de meios de reacção previstos no art. 4º, nº 1 do DL nº 63/2003. Este preceito estipula que em caso de falta de conformidade do bem com o contrato, o consumidor tem direito a que seja reposta sem encargos, por meio de reparação ou de substituição, à redução adequada do preço ou à resolução do contrato. E o seu nº 5 prescreve que o consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais».

²³⁸ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 234.

²³⁹ No mesmo sentido escreveu o TRC, afirmando que apesar de não existir hierarquização dos direitos do consumidor, o legislador não abdicou de uma «eticização da escolha», levantando as barreiras da boa fé e do abuso do direito. TRC, processo n.º 1684/08.7TBCBR.C1, datado de 01.03.2016, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴⁰ Também no mesmo sentido, STJ, processo n.º 822/06.9TBVCT.G1.S1, datado de 30.09.2010, relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza, disponível em 17.05.2016.

²⁴¹ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Telemóvel. Desconformidade. 2001*, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006, p. 56.

Consequentemente, de acordo com este preceito legal, a escolha do meio legal para ser usado pelo consumidor em caso de desconformidade do objecto com o contrato, deixou de estar hierarquizado como resultava da directiva acima referida e que o DL nº 63/2003 pretendeu transpor para o nosso direito interno»²⁴².

Além disso, o art. 3.º da directiva acrescenta que uma solução será presumivelmente desproporcionada se implicar para o vendedor custos que não sejam razoáveis, atendendo ao valor que o bem teria se não fosse a falta de conformidade, a importância da falta de conformidade e a possibilidade de a alternativa ser concretizada sem grave inconveniente para o consumidor.

Contudo, alguns autores têm um entendimento diferente, como é o caso de Menezes Leitão. Este autor entende que a razão de ser desta hierarquização de direitos prende-se com o princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos, preferindo-se assim as soluções que levam à integral execução do negócio^{243,244}.

Como mencionado, verificada a falta de conformidade do bem entregue o consumidor pode exercer um de quatro direitos.

4.1. A reparação do bem

A reparação do bem consiste, de forma geral, na operação material sobre a coisa²⁴⁵, de forma a que esta seja conforme relativamente ao contrato. Deve ser considerada como reparação todo o acto que não modifique directamente o bem mas que altere a qualidade do bem. A

²⁴² STJ, processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1, datado de 05-05-2015, relator João Camilo, disponível em www.dgsi.pt.

²⁴³ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Almedina, 2005, p. 58.

²⁴⁴ Também a favor da hierarquia de direitos v. PINTO, Paulo Mota, *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo*, A Directiva 1999/44/CE e o direito português, in Estudos de Direito do Consumidor – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000, p. 254 e ss.

²⁴⁵ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 239.

reparação do bem não será possível, no entanto, quando o bem não seja aproveitável para o consumidor.

É possível que a reparação seja composta por uma alteração ou acto que não recaia directamente sobre o bem entregue. Por exemplo, as partes celebram um contrato de compra e venda de um automóvel e acordam que o bem devia ser entregue com a inspecção e revisão do mesmo já realizadas, sendo o custo é suportado pelo vendedor. Se, ao receber o bem, o consumidor constatar que nem a revisão nem a inspecção foram realizadas, então bastará ao vendedor, para repor a conformidade, levar o automóvel ao concessionário para realizar a revisão e inspecção e suportar os custos associados. Não significando isso, pelo menos automática ou obrigatoriamente, que tenham de ser feita alterações no bem entregue.

O art. 4.º, n.º 1 prevê que a reparação do bem seja feita sem quaisquer encargos para o consumidor, sendo que o n.º 3 do preceito elabora uma lista, não exaustiva, incluindo nos encargos as despesas, nomeadamente as de reposição do bem em conformidade, assim como as de transporte, mão-de-obra e de material.

4.2. Substituição do bem

Outra forma de repor a conformidade do bem face ao contrato é através da substituição do mesmo. A substituição do bem é simplesmente a entrega de outro bem ao consumidor, mediante a devolução do bem inicialmente entregue. Naturalmente que existe um sinalagma entre a entrega de um bem novo ao consumidor e a devolução por este ao vendedor do bem que padece de falta de conformidade face ao contrato. Se não fosse esse o caso, o consumidor poderia ficar numa manifesta e injustificada situação de benefício.

À semelhança da reparação, também a substituição pode ser impossível porque o bem pode estar esgotado definitivamente, não se prevendo mais a sua produção. É o caso, por exemplo, das edições limitadas de relógios ou perfumes.

Outra barreira do exercício do direito de substituição do bem é o abuso do direito (art. 4.º, n.º 5). A impossibilidade da substituição parece aumentar no caso dos bens usados ou, por exemplo, que já não sejam produzidos.

Acontece que o limite do abuso do direito e do princípio da boa-fé, presentes no CC, impedem que o consumidor exerça o direito à substituição do bem quando a reparação do mesmo é rápida e facilmente conseguida pelo vendedor, sendo que a substituição seria para este último um encargo manifestamente elevado²⁴⁶. A título de exemplo, se o consumidor comprou uma máquina de café com cinco funcionalidades e uma delas não funciona devido ao mau contacto de um botão que o vendedor pode substituir no prazo de uma semana, parece-nos abusivo exigir uma máquina nova, dada a fácil reparação da mesma, que repõe a conformidade.

4.3. Redução do preço

O exercício da redução adequada do preço pelo consumidor pressupõe que este queira ficar com o bem, mesmo conhecendo a sua falta de conformidade face ao contratado.

Para a redução efectiva do preço é necessário recorrer a critérios objectivos para apurar qual o valor que o bem com aquelas características tem no mercado, atendendo-se à sua desvalorização. Se não existirem critérios específicos deve-se fazer uso dos artigos gerais do CC (nomeadamente os arts. 884.º, 911.º e 1222.º).

²⁴⁶ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 242.

A redução do preço será exigível pelo consumidor mesmo que o bem tenha perecido ou deteriorado, ao abrigo do art. 4.º, n.º 4.

4.4. Resolução do contrato

De acordo com o art. 4.º, n.º 1, o consumidor, perante a desconformidade do bem, também pode resolver o contrato, aplicando-se o art. 434.º do CC. Neste caso, o fundamento de resolução do contrato será a própria desconformidade do bem, ou seja, o incumprimento da obrigação pelo vendedor ou prestador de serviços²⁴⁷.

Na escolha deste direito, o consumidor extingue o contrato e os seus efeitos, seja o da entrega da coisa ou prestação do serviço, seja o do pagamento da mesma.

É de salientar que o art. 4.º, n.º 4 dispõe que o direito à resolução do contrato, como acontece com o direito à redução do preço, pode ser exercido ainda que o bem tenha perecido ou deteriorado por motivo não imputável ao consumidor, nomeadamente devido à própria desconformidade do mesmo.

4.5. Prazos

O consumidor pode exercer um dos direitos que estão ao seu dispor no art. 4.º, no caso da falta de conformidade se manifestar no prazo de dois ou de cinco anos, sendo um bem móvel ou imóvel respectivamente, a contar da entrega do bem ao consumidor (art. 5.º, n.º 1 do DL n.º 67/2003), presumindo-se que a falta de conformidade era existente à data da entrega do bem.

Apenas no que diz respeito aos bens móveis usados, é possível às partes reduzirem o prazo de dois anos para apenas um ano (art. 5.º, n.º 2

²⁴⁷ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 243.

do DL n.º 67/2003). Para que o consumidor possa exercer um dos direitos consagrados legalmente no caso de existir falta de conformidade do bem basta que prove que essa mesma falta se manifestou nos referidos prazos de dois ou de cinco anos.

Note-se que o legislador consagrou, no art. 5.º-A, n.º 2, o prazo de dois meses e de um ano, sendo um bem móvel ou imóvel respectivamente, para a denúncia, por parte do consumidor ao vendedor, a contar do seu conhecimento.

Se o consumidor exercer o direito de substituição do bem, o novo bem entregue pelo vendedor usufrui novamente do prazo de dois ou de cinco anos, pois tratando-se de outro bem, apenas esse novo prazo assegura verdadeiramente os direitos do consumidor visto que o novo bem pode padecer da mesma falta de conformidade ou de qualquer outra (art. 5.º, n.º 6). No caso de o consumidor exercer o direito de reparação da falta de conformidade do bem o prazo em causa suspende-se, pois o consumidor não estará a usufruir do bem (art. 5.º, n.º 7).

Em particular, relativamente ao exercício de direitos, findo o prazo de dois e de cinco anos sem o consumidor denunciar²⁴⁸ a falta de conformidade do bem entregue pelo vendedor face ao objecto contratual, caducam os direitos atribuídos pelo art. 4.º²⁴⁹.

4.6. Indemnização

O consumidor pode exercer qualquer um dos direitos mencionados, mas cumulativamente aplica-se o art. 12.º da LDC, relativo à reparação de danos, no caso de os existirem. Aliás, tal entendimento resultaria

²⁴⁸ O legislador português não consagrou forma para a denúncia, pelo que se aplica a regra geral do CC consagrada no art. 219.º.

²⁴⁹ «Findo o prazo de *garantia*, o consumidor deixa de poder exercer os direitos [...] inclusivamente se a reparação não tiver sido bem feita e a desconformidade não tiver sido detectada a tempo de recorrer a outra solução». CARVALHO, Jorge Morais; CRUZ, Sofia; FÉLIX, Pedro; TELES, Joana Galvão; *Venda de Bens de Consumo: Garantia das Peças Inseridas num Bem no Âmbito da sua Reparação*, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006, p. 237.

sempre das regras gerais do cumprimento e incumprimento consagrados no CC²⁵⁰.

Também neste sentido afirma Menezes Leitão que ao consumidor que denuncia a falta de conformidade do bem face ao contrato, é possível recorrer, na legislação nacional, a outras soluções, como é o caso da indemnização ao comprador (de acordo com os arts. 908.º, 909.º e 918.º do CC) ou a excepção de não cumprimento do contrato (art. 428.º do CC)²⁵¹.

4.7. Responsabilidade do produtor²⁵²

A responsabilidade civil do produtor surge na medida em que a rede de distribuição é uma das consequências do desenvolvimento industrial e tecnológico que deu lugar à distância entre produtor e consumidor final²⁵³.

De acordo com Jorge Morais Carvalho, a responsabilidade do produtor pode ser dividida de duas forma: a responsabilidade do produtor perante o consumidor pela reposição da conformidade num bem de consumo; e a responsabilidade objectiva do produtor que coloca um bem defeituoso no mercado pelos danos resultantes de morte ou lesão pessoal e os danos causados em coisa diversa do bem defeituoso²⁵⁴,

²⁵⁰ Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 247.

²⁵¹ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Almedina, 2005, p. 60.

²⁵² Está em causa o «ressarcimento pelo produtor ou fabricante dos danos causados por produtos defeituosos por si produzidos ou fabricados e difundidos no mercado a pessoas que, pela actual cadeia de distribuição, não têm uma relação contratual com esse produtor ou fabricante. Mas, em termos mais amplos, trata-se da responsabilização *directa* do produtor perante o *lesado* pelos defeitos dos produtos que põe em circulação, seja o lesado a parte contratante ou um terceiro com quem não tem qualquer relação negocial [...] desde que, seguramente, haja nexo de causalidade adequada entre o defeito do produto e o dano provocado». SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, colecção teses, Almedina, 1990, pp. 3-4.

²⁵³ Neste sentido, SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, colecção teses, Almedina, 1990, p. 25.

²⁵⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 258.

sendo que nos vamos focar somente na responsabilidade de reposição da conformidade.

Em primeiro lugar, da leitura do art. 6.º é fácil perceber que o produtor vê a sua responsabilidade limitada comparativamente à responsabilidade do vendedor²⁵⁵, aspecto que se justifica pelo facto daquele não ser parte do contrato de consumo celebrado.

Secundariamente, no que respeita aos aspectos da responsabilidade do produtor, o consumidor pode exigir do produtor a reparação do bem ou a sua substituição no caso de a coisa ser defeituosa. Ora, nesta medida, tendo o legislador utilizado o conceito de defeito já não entendemos que estão em causa as regras específicas do DL n.º 67/2003. No entanto, logo de seguida o legislador volta a lançar mão do conceito do diploma, o da falta de conformidade. Parecendo-nos existir confusão entre os dois conceitos, deve ser aplicado o conceito da falta de conformidade, pois esse conceito permite a aplicação do DL ao caso *sub judice*, benéfica para o consumidor.

A escolha do consumidor pela reparação ou substituição apenas pode ser exercida se não for manifestamente impossível ou desproporcional face ao valor que o bem teria se não fosse desconforme, tal como a possibilidade de a solução alternativa ser levada a cabo sem grande inconveniente para o consumidor (art. 6.º, n.º 1).

No DL é ainda consagrado, no que respeita à responsabilidade do produtor, a possibilidade deste opor-se ao exercício dos direitos pelo consumidor mediante a verificação de um dos factos presentes na lista, nomeadamente o defeito ser consequência da má utilização do bem pelo consumidor; não ter colocado o bem no mercado ou terem decorridos mais de dez anos sobre a colocação do bem no mercado.

²⁵⁵ «Em primeiro lugar, resulta claramente da letra da lei que a pessoa obrigada a garantir o bom funcionamento do bem de consumo é o vendedor, e não o produtor (ou ainda no caso dos telemóveis, a empresa de telecomunicações), para quem o vendedor muitas vezes remete». CARVALHO, Jorge Morais, *Telemóvel. Desconformidade. 2001*, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006, p. 55.

Assim, em traços gerais, apesar de a directiva não o impor, o legislador português consagrou a responsabilidade directa do produtor perante o consumidor apesar daquele não ser parte do contrato celebrado.

Para Menezes Leitão²⁵⁶, a solução é lógica na medida em que os custos da falta de conformidade do bem devem ser ressarcidos por quem os causou e na grande maioria devem-se à produção levada a cabo pelo produtor, pelo que o consumidor deve poder dirigir-se ao produtor do bem. Adianta ainda Menezes Leitão que actualmente a concorrência é feita entre produtos, e não vendedores, pelo que seria altamente questionável que o vendedor suportasse sozinho os custos.

Não obstante, discordamos que o vendedor possa ser visto como um elemento isolado, mas é certo que, apesar de forma limitada, é benéfico para o consumidor a possibilidade de responsabilizar o produtor.

Conclui-se, que o produtor é responsabilizável pelo consumidor mas em termos mais limitados do que o vendedor²⁵⁷, apenas sendo possível ao consumidor exigir do produtor a reparação ou a substituição do bem, sendo que o DL n.º 67/2003 contém ainda uma lista de circunstâncias mediante a verificação das quais o produtor não tem responsabilidade perante o consumidor. Pelo exposto, será mais vantajoso para o consumidor exercer os seus direitos perante o vendedor e não perante o produtor²⁵⁸, quando estes forem pessoas distintas.

Finalmente, em relação ao direito de regresso do vendedor que satisfaz o consumidor, face ao produtor, nos termos do art. 7.º do DL da venda de bens e garantias. Neste sentido, e em consonância com o que

²⁵⁶ LEITÃO, Luis Menezes, *O Novo Regime da Venda de Bens de Consumo*, in Estudos do Instituto de Direito do Consumo, Almedina, 2005, p. 62.

²⁵⁷ No mesmo sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 259.

²⁵⁸ No mesmo sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 259.

foi acima descrito, ainda que o vendedor seja responsável perante o consumidor pela falta de conformidade, mesmo que não seja resultante de um acto seu, satisfazendo o consumidor, o vendedor tem direito de regresso contra «o profissional a quem adquiriram a coisa, por todos os prejuízos causados pelo exercício daqueles direitos» (art. 7.º).

Todavia, o profissional contra quem o vendedor exerce o direito de regresso pode não satisfazer a pretensão do vendedor se provar que o defeito já existia quando entregou a coisa ou que não foi causado por si (nos termos do art. 8.º, n.º 3).

PARTE III
A PUBLICIDADE

Capítulo VIII

O conceito de publicidade

Quando o consumidor celebra um contrato de consumo, as mais das vezes, toma essa decisão por influência da publicidade, etiquetagem e rotulagem informativa^{259,260,261,262}.

Se tal aspecto é absolutamente fundamental para as marcas²⁶³, para os consumidores também assume muita importância, pelo facto da publicidade permitir um maior conhecimento do produto ou do serviço em si mesmo, das suas características e qualidade²⁶⁴.

Assim, se por um lado a publicidade permite ao consumidor maior informação^{265,266,267,268}, por outro lado permite à marca a venda da

²⁵⁹ Pedro José afirma que «a publicidade é igualmente um condicionante directo do consumo, para além de desempenhar um importante papel enquanto veículo de comunicação social e como símbolo relevante da cultura dos nossos dias». JOSE, Pedro Quartin Graça, *O Novo Direito da Publicidade*, Código da Publicidade e Legislação Complementar, Vislis Editores, 1999, p. 31.

²⁶⁰ «A publicidade constitui uma actividade fundamental no contexto dos sistemas económicos em que vivemos. Ela tem como objectivo a promoção do fornecimento de bens e de serviços, isto é, o funcionamento do próprio sistema económico. Ela informa, sugere, seduz, utilizando os mais variados meios técnicos ao seu dispor». TENREIRO, Mário Paulo, *O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa*, in Comunicação e defesa do consumidor, p. 227.

²⁶¹ «A publicidade é hoje uma das principais técnicas utilizadas pelas empresas para promover a celebração de contratos». CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 215.

²⁶² «É, com efeito, a publicidade que, centrando-se nas marcas, lhes vai permitir adquirir o poder de venda». SERENS, Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?*, in Boletim de Ciências Económicas, Vol. 37, 1994, p. 242.

²⁶³ «Se a publicidade é uma luz, sendo demasiado forte, ofusca a visão completa da realidade. Por isso mesmo, se afirma que a publicidade é, a um tempo, causa e consequência da concentração: consequência, porquanto só as empresas duma certa dimensão estão em condições económicas de fazer publicidade; causa, porque as despesas publicitárias das grandes empresas permitem o aumento sucessivo das suas quotas de mercado». ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 78.

²⁶⁴ SIQUEIRA, Nuno de; CRUZ, Duarte Ivo, *Notas sobre defesa do consumidor*, in Ciência e Técnica Fiscal, n.º 149, 1972, p. 21.

²⁶⁵ Nas palavras de Menezes Cordeiro, «as obrigações são informações». CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, volume VI, Almedina, 2012, p. 676.

²⁶⁶ Como salienta Jorge Morais Carvalho, «o elemento essencial do acto de informar consiste em dar a conhecer a outrem algum saber de que se dispõe, indicando algo que o outro desconhece ou esclarecendo um aspecto que se considera não ser claro. O resultado da prestação de uma informação é a transmissão de um conhecimento a quem tem acesso à mensagem». CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 97.

²⁶⁷ Nas palavras de Ana Luísa Gerales, «o dever de informação exige, assim, que a actividade publicitária e a publicidade em geral se pautem pelo respeito do direito de informar os consumidores e observem este direito como intrínseco à função informativa.» GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 160.

²⁶⁸ É devido ao direito e dever de informação que a publicidade assume relevância constitucional (art. 60.º CRP). MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005, p. 618.

produto ou serviço²⁶⁹. Desta forma, a publicidade assume a maior das importâncias para o consumidor e, com ela, deve assumir-se como crucial também a sua conformação jurídica²⁷⁰.

Acresce outra perspectiva que realça a importância da publicidade. Ana Luísa Geraldes afirma que «a publicidade desempenha um papel primordial enquanto instrumento que fomenta a concorrência, sempre benéfica para as empresas e consumidores»²⁷¹.

Acrescentamos que, da perspectiva do consumidor, a publicidade poderá ser benéfica não apenas pelo conhecimento dos produtos e serviços, mas também pela transparência que a mesma pode gerar, permitindo que o consumidor compare produtos e serviços semelhantes ou diferentes, de marcas concorrentes. Convém ainda referir o impacto positivo da publicidade, como salienta Ana Luísa Geraldes²⁷², nomeadamente a facilidade na sua aquisição colocada ao alcance dos consumidores ou a criação de espaços de venda que apelem aos consumidores.

O Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República já se pronunciou sobre o direito dos consumidores a serem informados, afirmando que «os consumidores em geral têm direito à informação completa sobre as características essenciais dos bens e serviços, por forma a poderem fazer uma escolha consciente e racional entre eles, e a utilizá-los em segurança e de modo satisfatório»²⁷³.

²⁶⁹ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Conceito de Publicidade*, in Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 349, 1985, p. 17-18.

²⁷⁰ Essa preocupação está patente na regulação da publicidade, nomeadamente o DL n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais; DL n.º 70/2007, de 26 de Março, responsável pela regulamentação das práticas comerciais com redução de preço; entre outras normas.

²⁷¹ GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 11.

²⁷² GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p.11.

²⁷³ Parecer do Conselho Consultivo da PGR, processo n.º PGRP00000515, votação datada de 15-12-1992, relator Salvador da Costa.

O art. 3.º do código da publicidade²⁷⁴ define publicidade como «qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal», seja com o objectivo de promover, perspectivando a comercialização ou alienação, seja para promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições. É ainda considerada publicidade para efeitos do código, qualquer forma de comunicação da administração pública, que pretenda, directa ou indirectamente, promover o fornecimento de bens ou serviços.

Desta forma, o conceito de publicidade consagrado na lei é amplo e permite englobar as formas de publicidade mais tradicionais, bem como outras formas de «comunicação, como sejam as promoções comerciais, o *direct marketing* ou *direct mail* e os patrocínios»²⁷⁵.

Carlos Ferreira de Almeida afirma que «a publicidade é uma forma de comunicação»^{276,277}, onde é permitida a difusão de informação²⁷⁸, definindo-a como «toda a informação dirigida ao público com o objectivo de promover, directa ou indirectamente, uma actividade económica»²⁷⁹. Afirmando ainda que, dada a abrangência do conceito, «haverá portanto que considerar também como tal (ainda que possam submeter-se a aspectos especiais de regime jurídico) as indicações contidas em embalagens, rótulos, etiquetas, facturas, papel timbrado ou semelhantes,

²⁷⁴ Decreto-Lei n.º 330/90, de 23 de Outubro, na versão do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril.

²⁷⁵ JOSÉ, Pedro Quartin Graça, *O Novo Direito da Publicidade*, Código da Publicidade e Legislação Complementar, Vislis Editores, 1999, p. 48.

²⁷⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Conceito de Publicidade*, in Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 349, 1985, p.6.

²⁷⁷ Pedro José afirma que «a publicidade assume-se, resumidamente, como um processo comunicacional em que a mesma se assemelha a uma correia de transmissão entre a cultura e o consumo». JOSÉ, Pedro Quartin Graça, *O Novo Direito da Publicidade*, Código da Publicidade e Legislação Complementar, Vislis Editores, 1999, p. 32.

²⁷⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Conceito de Publicidade*, in Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 349, 1985, p.7.

²⁷⁹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Conceito de Publicidade*, in Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 349, 1985, p.23.

desde que incluam elementos destinados a “promover a aquisição” de bens ou serviços»²⁸⁰.

Por consequência, a comunicação apresenta-se também como um processo no qual estão incluídas as pessoas, aquelas que transmitem a informação e aquelas que a recebem, os meios utilizados, sejam eles a rádio, a televisão, a revista, o jornal, a internet, o brinde, o catálogo, o *e-mail* ou qualquer outro meio e, finalmente, as fases que conformam a comunicação, nas quais incluímos a transmissão e a recepção da mesma²⁸¹.

Além disso, o conceito de publicidade pode ser analisado da perspectiva dos requisitos legais²⁸², a saber: a existência de uma qualquer forma de comunicação levada a cabo por qualquer entidade de natureza pública ou privada; o desenvolvimento de qualquer actividade comercial, industrial, artesanal ou liberal e que tenha como objectivo, mesmo que indirectamente, promover um produto ou um serviço.

²⁸⁰ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 80.

²⁸¹ Neste sentido, ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Conceito de Publicidade*, in *Separata do «Boletim do Ministério da Justiça»* n.º 349, 1985, p.7.

²⁸² GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 17.

Capítulo IX

Os princípios da publicidade

Da nossa perspectiva, os princípios que enformam a publicidade no ordenamento jurídico são relevantes o suficiente para dedicarmos-lhes algumas palavras, dado que pretendem proteger o consumidor de certas formas de publicidade.

Actualmente o código da publicidade consagra no seu art. 6.º que a publicidade está sujeita aos princípios da licitude, da veracidade e do respeito pelos direitos do consumidor, os quais são eles desenvolvidos nos artigos seguintes.

5.1. O princípio da licitude

O art. 7.º do código da publicidade proíbe a publicidade que, de qualquer forma, ofenda os valores, e instituições fundamentais consagradas constitucionalmente. O n.º 2 do preceito referido contém uma lista, meramente exemplificativa, das publicidades que são proibidas por violarem o n.º 1, nomeadamente que apele ou estimule a violência, qualquer actividade criminosa ou ilegal (art. 7.º, n.º 2, b), ou que utilizem, desprovida de autorização, imagem ou palavras de outra pessoa (art. 7.º, n.º 2, e).

Assim, como corrolário do princípio da licitude a publicidade não poderá ser contrária aos valores e princípios constitucionais, à lei, anónima ou indeterminável e camuflada, falsa e enganosa, desrespeitadora dos direitos do consumidor ou que encoraje comportamentos prejudiciais à saúde e à segurança do consumidor²⁸³.

²⁸³ GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 101.

5.2. O princípio da identificabilidade

Este princípio obriga a que a publicidade seja sempre identificada como tal, independentemente do meio utilizado (art. 8.º do código da publicidade).

É baseado neste princípio da identificabilidade que o código da publicidade impede o uso de imagens subliminares ou outros meios dissimuladores que explorem a possibilidade de transmitir publicidade sem que os destinatários se apercebam disso (art. 9.º do código da publicidade). Para concretizar o que é publicidade subliminar, o n.º 3 do preceito em análise acrescenta que assim o será «qualquer técnica que possa provocar no destinatário percepções sensoriais de que ele não chegue a tomar consciência».

Neste sentido, a mensagem publicitária deve ser idónea a colocar os seus destinatários em sobreaviso no que diz respeito à intenção comercial do texto ou da imagem²⁸⁴.

5.3. O princípio da veracidade

Concordamos com Pedro Simão José quando afirma que este princípio pretende defender os consumidores e os destinatários finais das mensagens publicitárias e os seus interesses, sendo que pretende assegurar que aqueles não sejam induzidos em erro ou que a sua vontade de aquisição possa ser manipulada no sentido de comprar o produto ou o serviço²⁸⁵.

Nas palavras de Carlos Ferreira de Almeida, «a verdade do conteúdo da mensagem publicitária, garantia da adequação à sua função informativa, só assume todo o seu peso específico, quando esteja também encarada em função da confiança gerada junto dos

²⁸⁴ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 81.

²⁸⁵ JOSÉ, Pedro Quartin Graça, *O Novo Direito da Publicidade, Código da Publicidade e Legislação Complementar*, Vislis Editores, 1999, p. 52.

consumidores potenciais e quando esteja assegurada a possibilidade de comprovação das afirmações inseridas na mensagem»²⁸⁶.

Neste sentido, o art. 10.º n.º 2 do código da publicidade dispõe que a publicidade não deve deformar os factos, sendo que «as afirmações relativas à origem, natureza, composição, propriedades e condições de aquisição dos bens ou serviços publicitados devem ser exactas e passíveis de prova, a todo o momento, perante as instâncias competentes».

De facto, a veracidade da publicidade permite ao consumidor informar-se acerca do produto ou serviço que a marca está a dar a conhecer. Questão que nasce da análise do conceito de publicidade é a da ligação entre publicidade e rotulagem.

O art. 2.º do DL n.º 170/92 define rotulagem como o «conjunto de menções e indicações, inclusive imagens e marcas de fabrico ou de comércio, respeitantes ao género alimentício, que figuram sobre a embalagem, em rótulo, etiqueta, cinta, gargantilha, letreiro ou documento acompanhando ou referindo-se ao respectivo produto».

No diploma em causa (art. 3.º) constam as menções obrigatórias na rotulagem de cada produto, sendo obrigatória a indicação da lista de ingredientes (art. 3.º, n.º 1, b), a data de durabilidade mínima ou a data limite de consumo (art. 3.º, n.º 1, d) ou, por exemplo, o nome, firma ou denominação social e o domicílio do produtor ou do embalador ou de um vendedor estabelecido na Comunidade (art. 3.º, n.º 1, f).

Então, pela exemplificação de informações obrigatoriamente inseridas na rotulagem percebe-se que o seu objectivo principal é comunicar ao consumidor as particularidades do produto, seja a natureza, origem, fabrico ou composição, e não o incitar a comprar o produto, mas antes informá-lo sobre a compra.

²⁸⁶ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982, p. 81.

Em suma, a publicidade pretende promover, dar a conhecer o produto ou o serviço ao consumidor, enquanto que a rotulagem tem como principal objectivo informar o consumidor das características, constituição e composição do produto ou do serviço²⁸⁷, podendo alertá-lo para certos aspectos (nomeadamente, produtos alimentícios que são alergéneos²⁸⁸).

²⁸⁷ GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 19.

²⁸⁸ Regulada pelo Decreto-Lei n.º 170/92, de 8 de Agosto, com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 273/94, de 28 de Outubro.

Capítulo X

A publicidade enganosa

Não renunciamos as vantagens que a publicidade proporciona em geral mas não nos podemos esquecer que a publicidade «pode enganar, falsear a concorrência, prejudicar os consumidores e o bom funcionamento da economia em geral. Num mercado único, tal como as mercadorias e os serviços que ela visa promover, a publicidade atravessa, ela mesma, as fronteiras dos Estados-membros, potencializando novos tipos de problemas»²⁸⁹.

Neste sentido, directamente ligado à publicidade e essencial à tutela dos direitos e interesses do consumidor é a proibição da publicidade enganosa, que está consagrada no art. 11.º do código da publicidade.

Actualmente o n.º 2 do referido preceito remete para o DL n.º 57/2008, de 26 de Março^{290,291}, estabelecendo que a publicidade enganosa será toda aquela que seja prática comercial desleal das empresas nas relações com os consumidores.

O referido diploma, dedica vários artigos à conformação das práticas comerciais desleais (arts. 5.º, 6.º, 7.º 8.º) e das práticas comerciais agressivas (arts. 11.º e 12.º).

O art. 5.º do DL n.º 57/2008 contém uma cláusula geral²⁹² que considera desleal «qualquer prática comercial desconforme à diligência profissional, que distorça ou seja susceptível de distorcer de maneira substancial o comportamento económico do consumidor seu destinatário ou que afecte este relativamente a certo bem ou serviço». Acrescenta o

²⁸⁹ TENREIRO, Mário Paulo, *O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa*, in *Comunicação e defesa do consumidor*, p. 227.

²⁹⁰ Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004.

²⁹¹ Esta directiva é uma directiva de harmonização máxima, fazendo com que a liberdade na transposição dos Estados membros para os seus ordenamentos jurídicos estava limitada. CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano III (2011), 1, Almedina, 2011, pp.187-188.

²⁹² Neste sentido, CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 82.

n.º 2 do preceito que a análise da susceptibilidade de distorção do comportamento económico será efectuada de acordo com a referência a consumidor médio.

O artigo 3.º, alínea h), define diligência profissional como «o padrão de competência especializada e de cuidado que se pode razoavelmente esperar de um profissional nas suas relações com os consumidores, avaliado de acordo com a prática honesta de mercado e/ou com o princípio geral de boa fé no âmbito da actividade profissional».

Nas palavras de Jorge Morais Carvalho, «o critério é o da expectativa razoável, avaliada objectivamente, tendo em conta a competência e o cuidado de um profissional normal na relação com os consumidores. Não está em causa a posição concreta quer do profissional quer do consumidor, pelo que não são relevantes os seus conhecimentos específicos e a sua experiência concreta no mercado»²⁹³. Neste sentido, conclui, o vendedor de determinada área tem de ter especial competência, sendo-lhe exigível que tenha conhecimentos significativos dos produtos e serviços que vende, informando o consumidor sobre as suas características mais importantes²⁹⁴.

Deste modo, para verificarmos se estamos perante uma prática comercial desleal será necessário estarmos na presença de três requisitos cumulativos, a saber: uma prática comercial; que seja desconforme face à diligência profissional; que o seu efeito ou a idoneidade para distorcer de forma substancial o comportamento económico do consumidor destinatário ou de afectar o seu comportamento face a certo bem ou serviço²⁹⁵, sendo necessário que

²⁹³ CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, in Revista de Direito das Sociedades, ano III (2011), 1, Almedina, 2011, p. 191.

²⁹⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, in Revista de Direito das Sociedades, ano III (2011), 1, Almedina, 2011, pp. 191 e 192.

²⁹⁵ LEITÃO, Luís Menezes Teles de, *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 71, Lisboa, Abril/Junho 2011, p. 424.

estejamos perante uma relação jurídica de consumo (como definida no art. 3.º, a do DL n.º 57/2008).

O art. 3.º, d) do DL n.º 57/2008, de 26 de Março contém diversas definições, incluindo a de «prática comercial», consistindo a mesma na acção, omissão, conduta ou afirmação levada a cabo por um profissional, incluindo a publicidade e a promoção comercial, «em relação directa com a promoção, a venda ou o fornecimento de um bem ou serviço ao consumidor».

O requisito de distorcer o comportamento económico dos consumidores é definido na alínea e) do art. 3.º do diploma como «a realização de uma prática comercial que prejudique sensivelmente a aptidão do consumidor para tomar uma decisão esclarecida, conduzindo-o, por conseguinte, a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo».

Nas palavras de Ana Luísa Gerales, «toda a informação que não faculte nem dê ao consumidor o acesso real e efectivo às condições necessárias e indispensáveis para poder decidir de forma séria, livre e ponderada» deverá ser considerada como falta de informação²⁹⁶.

Finalmente, para completar a cláusula geral, em relação à desconformidade da prática com a diligência profissional, o art. 3.º, h) recorre de conceitos indeterminados e designa a diligência profissional como o nível de competência especializada e de cuidado que razoavelmente se espera de um profissional, tendo em conta «a prática honesta de mercado e/ou com o princípio de boa fé no âmbito da actividade profissional».

De acordo com o art. 7.º do diploma, será enganosa qualquer prática comercial que utilize informações falsas ou que, independentemente da sua veracidade, induzam ou sejam idóneas a

²⁹⁶ GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999, p. 160.

induzir o consumidor, conduzindo-o a celebrar um contrato, em erro face a um ou mais elementos, nomeadamente relativamente à sua natureza (art. 7.º, n.º 1, a), às suas principais características, como as vantagens, riscos, entrega ou fabrico (art. 7.º, n.º 1, b), o preço (art. 7.º, n.º 1, d) ou os seus direitos (art. 7.º, n.º 1, g).

O artigo seguinte apresenta uma significativa lista de acções tidas como enganosas independentemente das circunstâncias, como declarar falsamente que o bem ou serviço apenas estará disponível durante um curto prazo de tempo (art. 8.º, i), alegar que o profissional está prestes a cessar a sua actividade (art. 8.º, s) ou declarar que será organizado um concurso sem entregar os prémios (art. 8.º, x).

Também a omissão enganosa está prevista no diploma (art. 9.º), sendo considerada como tal a prática comercial que omita uma informação que ajude a conformar uma decisão negocial esclarecida por parte do consumidor (art. 9.º, n.º 1, a); na qual o profissional omita ou apresente de forma pouco clara, ininteligível ou tardia a informação mencionada anteriormente (art. 9.º, n.º 1, b) e; que o profissional não refira a sua intenção, se isso não resultar do contexto (art. 9.º, n.º 1, c).

Finalmente, o DL n.º 57/2008 dedica-se às práticas comerciais agressivas.

O art. 11.º, n.º 1, tem como principal objectivo que não sejam feitos constantes contactos ao consumidor, sejam eles presenciais ou à distância, suficiente para que o consumidor decida celebrar o contrato apenas motivado pela pressão ou para não ser incomodado novamente. Assim, é considerada prática comercial agressiva qualquer prática que, com recurso ao assédio, coacção ou influência indevida, limite ou seja capaz de limitar, a liberdade de escolha ou o comportamento do consumidor face a um bem ou serviço, sendo «susceptível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transacção que não teria tomado de outro modo».

À semelhança da técnica utilizada nas acções enganosas, o art. 12.º dedica-se às práticas comerciais consideradas agressivas em qualquer circunstância. Posto isto, a lista enumera diversas práticas, nomeadamente criar a ideia de que o consumidor não pode deixar o estabelecimento comercial sem celebrar o contrato (art. 12.º, a), recorrendo assim à coacção mora e à persistência); contactar o consumidor no seu domicílio, ignorando o pedido para que saia ou não torne a fazer o contacto (art. 12.º b); ou, por exemplo, fazer solicitações persistentes e não solicitadas, por qualquer meio de comunicação à distância injustificadamente (art. 12.º, c).

Não poderíamos deixar de analisar, em traços gerais, o regime da publicidade. Porém, à semelhança do que afirmámos relativamente à marca, o impacto sociológico que a publicidade tem nos consumidores é fundamental à resposta que aqui se procura.

Para os consumidores o mais importante da publicidade é aquilo que apreendem sobre os produtos, serviços e sobre a própria marca. De facto, o mais relevante da perspectiva do consumidor é a imagem que a publicidade consegue transmitir.

Neste particular, é aquilo que a marca transmite através da sua publicidade que faz o consumidor interessar-se pelos seus produtos ou serviços e pela imagem geral da marca, seja os seus ideais, valores ou objectivos.

Da perspectiva dos detentores das marcas²⁹⁷, a publicidade é o expediente essencial para garantir que a sua comunicação resulta no aumento de vendas, mas também fortalece a imagem da marca²⁹⁸. Paul Feldwick afirma que «desde o seu início como fenómeno de massas, no

²⁹⁷ «A publicidade comercial aparece comumente associada à liberdade de concorrência». SERENS, Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?*, in *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. 37, 1994, p. 229.

²⁹⁸ Neste sentido, FELDWICK, Paul, *Comunicação da marca*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 149.

século XIX, que as marcas e a publicidade (no seu sentido mais lato) têm evoluído juntas. As primeiras marcas para mercados de massas, desde o Pears Soap até à Kodak, passando pela Coca-Cola, construíram o seu negócio com base em avultados investimentos em publicidade»²⁹⁹.

²⁹⁹ FELDWICK, Paul, *Comunicação da marca*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 149.

PARTE IV
CONCLUSÕES

O objectivo da presente dissertação é identificar o papel desempenhado pela marca na definição da prestação no contrato de consumo. Ou seja, qual a capacidade que a marca tem, estando no início do processo, de definir o produto ou o serviço que o consumidor recebe.

Por um lado, o direito da propriedade industrial pretende proteger aqueles que investem na sua marca ou no desenvolvimento da ciência de uma forma geral (como é o caso da protecção das patentes), tendo sempre como desiderato a protecção dos empresários. Por outro lado, o direito do consumo baseia-se no facto de, perante a celebração de um contrato, uma das partes estar manifestamente desprovida de informação e conhecimento face ao objecto do contrato.

Em primeiro lugar, o conceito de marca mais relevante a ter em atenção nesta problemática é o sociológico. Neste particular, a ideia que o consumidor tem da marca é o mais importante para conhecer o papel daquela na definição da prestação.

Da perspectiva do consumidor não importa como foi o processo de registo da marca ou se a mesma tem um símbolo meramente figurativo ou nominativo, desde que o mesmo seja apelativo, sendo assim para o consumidor irrelevante o regime jurídico da marca.

Ainda na óptica do consumidor o que realmente importa é a ideia que a marca lhe transmite. Utilizamos a expressão marca e não titular da marca porque, muitas vezes, o consumidor não tem interesse em saber qual o titular ou a empresa que detém a marca, mas sim o que ela representa.

De facto, o consumidor interessa-se pela ideia da marca, devido ao estilo de vida que lhe proporciona ou as suas ideologias; pela presença e atitude que desenvolve na comunidade ou simplesmente porque lhe agradam os seus produtos ou serviços.

Rita Clifton³⁰⁰ afirma que «as marcas bem geridas têm um extraordinário valor económico e são as mais eficazes e eficientes criadoras de riqueza sustentada», além disso «podem ter uma grande importância social e beneficiar tanto os países desenvolvidos como os que se encontram em vias de desenvolvimento».

Os titulares das marcas investem uma parte significativa dos seus orçamentos na publicidade da marca e dos seus produtos e serviços para que possam garantir um lugar na mente dos consumidores.

Através da publicidade, a «Coca-Cola» consegue transmitir aos consumidores³⁰¹ que a época natalícia é a época certa para *distribuir generosidade* e que, apesar de todas as dificuldades que a sociedade atravessa actualmente, acontecimentos muito positivos rodeiam-nos diariamente e a bebida a partilhar com os amigos nesses momentos é uma «Coca-cola»; a marca «Nan» detida pela «Nestlé» recorrentemente relembra os consumidores a importância da alimentação infantil (não fosse o pó em leite o produto inicial da marca) e que as crianças são o mais importante no mundo; a «L’Oreal» constantemente incute às consumidoras femininas que *merecem cuidar-se e mimar o seu aspecto estético*; a «Nike» em basicamente todas as suas campanhas pretende fazer o consumidor sentir-se como um verdadeiro atleta, capaz de quebrar todas as barreiras.

Assim, a publicidade apresenta-se aos titulares das marcas como um veículo de promoção de imagem e de produtos.

Desta forma, a ideia do consumidor é, em larga medida, aquela que resulta da publicidade. A publicidade faz o consumidor querer celebrar

³⁰⁰ CLIFTON, Rita, *O futuro das marcas*, in *O Mundo das Marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 255.

³⁰¹ «Cada vez mais, as marcas necessitam de uma experiência distinta para o cliente. [...] Todas as marcas precisam de uma ideia criativa forte e de a fazer nascer através da identidade visual e verbal. [...] A comunicação mais forte da marca pode funcionar ao nível da informação, da criação de fama e através da criação de associações». CLIFTON, Rita, *O futuro das marcas*, in *O Mundo das Marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015, p. 256.

um contrato de consumo, tornando-se assim cliente da marca. Está claro que nem sempre será a publicidade a ter esse efeito, uma vez que ocorrem as chamadas compras de oportunidade (seja devido a uma promoção ou à necessidade momentânea do consumidor) ou por influência de terceiros.

Actualmente, dada a evolução das redes de distribuição^{302,303,304}, o titular da marca começa por criar um produto ou um serviço. Após toda a criação do departamento de *marketing*, o protótipo será entregue ao produtor escolhido para implementar a fase de produção. Neste momento, entra novamente em cena o departamento de *marketing* para se encarregar de toda a publicidade do bem ou do serviço, que decorrerá ao mesmo tempo, ou antes, da efectiva colocação do produto ou serviço em mercado.

Quando o titular da marca é também o vendedor do produto ou serviço, a situação não é especialmente problemática. Por exemplo, a marca «*Apple*» tem lojas próprias nas quais vende os seus próprios produtos e serviços; o mesmo acontece com a «*Body Shop*» que actua no mercado português com lojas próprias, não vendendo os seus produtos ou serviços através de terceiros.

³⁰² Apesar de focado no tema da responsabilidade do produtor, Carvão da Silva escreve sobre a distribuição em cadeia de uma forma que nos parece relevante salientar. «O normal, hoje não é a alienação dos produtos feita directamente pelo produtor ao consumidor. Típica e corrente é a existência, entre produtor e consumidor, de uma cadeia por vezes longa de transmissão, em que o produto para chegar ao consumidor, seu destinatário, passa por uma série de alienações, tendo, no seu início, como primeiro alienante, quem o produziu e, no seu termo, como último adquirente, o consumidor. Isto significa que, em vez de relações directas, imediatas e pessoais entre produtor e consumidor [...] temos relações indirectas, mediadas por um ou mais sujeitos revendedores, simples intermediários ou elos de ligação da cadeia de distribuição.» Concluindo que, actualmente, a figura de produtor raramente coincide com a de vendedor. SILVA, João Calvão da, *Responsabilidade Civil do Produtor*, colecção teses, Almedina, 1990, pp. 22-23.

³⁰³ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, *O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2002, Ano 62, Vol. I, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3345.

³⁰⁴ «A uma distribuição em cadeia dos produtos, existindo uma cadeia, mais ou menos longa, entre o produtor e o consumidor final. Já não é o comprador--consumidor a adquirir directamente o produto ao fabricante ou produtor. Agora, entre os dois há por vezes inúmeras relações indirectas, mediatizadas ou um ou mais sujeitos revendedores, intermediários ou elos de ligação da cadeia de transmissão». OLIVEIRA, Fernando Baptista, *O Conceito de Consumidor Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009, p. 21.

Nas situações anteriormente descritas, o consumidor celebra o contrato de compra e venda ou de prestação de serviços directamente com o titular da marca ou detentor da empresa que por sua vez detém a marca. Desta forma, os intervenientes do contrato de consumo são apenas dois e não inserimos um terceiro elemento, o vendedor, pois estamos perante casos em que o titular da marca assume o papel de vendedor.

No contrato de consumo celebrado entre o titular da marca (responsável pela publicidade que faz aos seus produtos, serviços e da imagem que cria da própria marca no que concerne aos seus ideais, princípios e objectivos) e o consumidor, as declarações feitas pelo titular da marca e simultaneamente vendedor são, sem dúvida, integradas no contrato de consumo celebrado.

Não obstante, muitas marcas não possuem estabelecimentos comerciais para vender os seus produtos e serviços ou qualquer outra forma de comercializar sem ser através do recurso a terceiros.

A «*Apple*» também não comercializa apenas através das suas próprias lojas, fá-lo também através de terceiros, como é o caso da «*Worten*», «*Fnac*», «*Vodafone*», entre muitas outras. Ainda mais comum serão as marcas que apenas apresentam os seus produtos e serviços aos consumidores através de vendedores externos à marca, como é o caso da «*Garnier*», da «*Lay's*», da «*Nivea*», da «*Oral-B*», entre muitas outras.

Neste particular, as circunstâncias serão manifestamente diferentes uma vez que o consumidor celebra o contrato de consumo com o vendedor, que é pessoa diversa do titular da marca, restando saber qual o papel desta última.

O primeiro contacto que o consumidor tem com o produto ou serviço é através da publicidade levada a cabo pelo titular da marca. A

publicidade é constituída por declarações pré-contratuais sobre as características dos produtos ou serviços em causa. De facto, normalmente na publicidade são feitas declarações sobre a qualidade do produto, sobre as ideologias da empresa e sobre as características principais do produto de uma forma geral.

Apesar de existir três elementos em cena, o contrato é bilateral, porque celebrado entre o consumidor e o vendedor, pelo que o mesmo não terá eficácia, regra geral, face a terceiros (titular da marca), tendo apenas «*inter-partes*», sendo que o vendedor será responsável por repor a conformidade do bem³⁰⁵.

Neste sentido, as declarações que o titular da marca faz através da publicidade não são mais do que declarações pré-contratuais que fazem parte do contrato e que delimitam a prestação. A publicidade é constituída por uma ou várias declarações dirigidas ao público, que produzem efeito «em relação a *todo* o público destinatário da mensagem, independentemente do conhecimento efectivo por parte de cada um dos potenciais contraentes»^{306,307}.

De facto, os consumidores tomam a decisão de celebrar o contrato de consumo mais em função das declarações públicas do produtor ou do vendedor do que tendo em consideração as declarações privadas deste último, pelo que será mais coerente responsabilizar o vendedor também pelas qualidades que são anunciadas na publicidade³⁰⁸.

No caso de o vendedor concordar com as características do produto ou serviço anunciadas na publicidade feita pelo titular da marca, não se

³⁰⁵ Neste sentido, PINTO, Paulo Mota, O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo, *in* Revista da Ordem dos Advogados, 2002, Ano 62, Vol. I, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=3328&ida=3345.

³⁰⁶ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 222.

³⁰⁷ Jorge Morais Carvalho defende que o consumidor nem necessita ler logo o rótulo para que a informação integre o contrato, pois contrata com a possibilidade de ler posteriormente CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 222-223.

³⁰⁸ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 141.

levantam dúvidas de relevo, uma vez que o vendedor não fará declarações ao consumidor diversas face às declarações incluídas na publicidade.

A problemática surge na circunstância de o vendedor do produto ou serviço não concordar com as declarações feitas publicamente, restando saber se o vendedor pode ou não afastar tais declarações.

Para responder à questão é preciso ter presente que o vendedor tem de negociar em concordância com os trâmites da boa fé, respeitando o dever de lealdade e de informação^{309,310}.

Nas palavras de Carlos Alberto da Mota Pinto, o princípio da boa fé exprime a «preocupação da ordem jurídica pelos valores *ético-jurídicos* da comunidade, pelas *particularidades* da situação *concreta* a regular e por uma *juridicidade social e materialmente* fundada», sendo a sua presença no ordenamento jurídico a «superação de uma perspectiva positivista do direito»³¹¹.

Além disso, «por força do art. 8.º da LDC, impende sobre todos os elos da cadeia de produção-consumo uma obrigação de informação»³¹². Não restam dúvidas de que a informação toma elevada importância aquando da celebração do contrato de consumo.

Ora, «o elemento essencial do acto de informar consiste em dar a conhecer a outrem algum saber de que se dispõe, indicando algo que outro desconhece ou esclarecendo um aspecto que se considera não ser

³⁰⁹ Neste sentido, LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes, *Direito das Obrigações – VOL. I*, Almedina, 2010, 9ª edição, p. 57.

³¹⁰ Para Oliveira Ascensão existem três categorias principais de deveres pré-contratuais: os de protecção, os de informação e os de lealdade. ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil Teoria Geral*, Coimbra Editora, p. 369.

³¹¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito civil*, 4ª edição, 2ª Reimpressão, Coimbra Editora, 2012, pp. 124-125.

³¹² FREITAS, Célia, *Automóvel. Desconformidade. Dever de Informação*. 2002, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006, p. 61.

claro. O resultado da prestação de uma informação³¹³ é a transmissão de um conhecimento a quem tem acesso à mensagem»³¹⁴.

Como afirmámos anteriormente, existe uma clara discrepância entre a informação detida pelo vendedor (profissional a desenvolver a sua actividade) e pelo consumidor. Por esse motivo, é fundamental que o vendedor preste todas as informações necessárias ao consumidor de uma forma clara, precisa e concreta, para que a decisão de contratar do consumidor seja feita com base em todas as informações prestadas pelo vendedor.

«Segundo a Directiva, uma mensagem publicitária é atendível como padrão de qualidade em relação a um determinado contrato, se tiver sido emitida pelo vendedor ou pelo produtor e se referir características concretas de bens do mesmo tipo daquele que é objecto do contrato»³¹⁵.

Desta forma, a norma não faz menção directa ao titular da marca que, no entanto, como afirmámos anteriormente, pode ser o vendedor. Além disso, não é feita nenhuma distinção entre «as mensagens emitidas pelo contraente ou por um terceiro»³¹⁶.

Não nos parece possível considerar que não estão incluídas as declarações contidas na publicidade levada a cabo pelo titular da marca, ou que as mesmas possam ser afastadas pelo vendedor, uma vez que dessa forma a disposição perderia o sentido e seria incapaz de proteger o consumidor perante um bem de consumo desconforme em relação ao contrato de consumo.

Assim, não aceitamos que o vendedor final possa decidir desvincular-se das declarações públicas feitas com as quais não

³¹³ Prevenindo danos pessoais ou patrimoniais. CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, Almedina, 2012, p. 676.

³¹⁴ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 97.

³¹⁵ ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Direito do Consumo*, Almedina, 2005, p. 139.

³¹⁶ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016, p. 223.

concorda. No entanto, não pode também violar as normas gerais do direito e do direito do consumo que impõem a boa fé às partes na celebração dum contrato.

Em suma, em caso em caso de discórdia do vendedor em relação às declarações pré-contratuais do titular da marca, o vendedor tem duas hipóteses: não comercializar os produtos ou serviços³¹⁷ e, desta forma, respeitar os deveres de lealdade e de informação para com a contraparte (consumidor) com quem negocia, não sendo responsabilizável perante o consumidor; ou, se conhece a desconformidade do bem face às declarações deduzidas na publicidade e comercializa o bem ou serviço será responsável perante o consumidor nos termos do DL n.º 67/2003, podendo este último exercer um dos quatro direitos ao seu dispor.

Concluimos assim que a marca efectivamente tem um papel determinante na definição da prestação do contrato de consumo celebrado, uma vez que o titular da marca, através da sua publicidade e da utilização do sinal registado a seu favor, define grande parte das características subjacentes à prestação.

³¹⁷ CARVALHO, Jorge Morais, *Manual de Direito do Consumo*, 3ª Edição, Almedina, 2016, p. 213.

Bibliografia

Monografias e artigos científicos:

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I (Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas, Sinais Distintivos), 8ª edição, Almedina, 2011;

ALMEIDA, Alberto Francisco Ribeiro de, *Marca de Prestígio, Marca Notória e Acordo ADPIC/TRIPS*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009;

ALMEIDA, Carlos Ferreira de:

- *Os Direitos dos Consumidores*, Almedina, 1982;
- *Conceito de Publicidade*, in Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.º 349, 1985;
- *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Almedina, 1990;
- *Direito do Consumo*, Almedina, 2005;
- *Contratos II Conteúdo. Contratos de Troca*, 3ª edição, Almedina 2012;
- *Contratos I*, 5ª edição, Almedina, 2013;

ASCENSÃO, Oliveira:

- *Direito Comercial vol.II Direito Industrial*, 1988, Lições do Prof. Doutor Oliveira Ascensão ao 4º ano no ano lectivo de 1987/88;
- *Direito Civil Teoria Geral*, Vol. I Acções e Factos Jurídicos, Almedina, 1999;
- *Direito Civil e Direito do Consumidor*, in Themis, 2008;

BLANCKETT, Tom, *O que é uma marca?* in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015;

CARVALHO, Américo da Silva, *Direito de Marcas*, Coimbra Editora, 2004;

CARVALHO, Jorge Morais:

- *Os Contratos de Consumo – Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, 2011;

- *Práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores*, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano III (2011), 1, Almedina, 2011;

- *Telemóvel. Desconformidade 2001*, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006;

- *Manual de Direito do Consumo*, 3ª edição, Almedina, 2016;

CARVALHO, Maria Miguel, “*Novas*” *Marcas e Marcas não Tradicionais: objeto*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009;

CLIFTON, Rita, *O futuro das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015;

CORDEIRO, António Menezes, *Tratado de Direito Civil*, volume VI, 2ª edição, Almedina, 2012;

CORNISH, W.R., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Thomson, 1999;

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2011;

CRUZ, António Côrte-Real, *Defesa da Marca*, in *Direito Industrial – VOL. VIII*, Almedina, 2012;

DOMINGUES, Luís Miguel Pedro, *A Função da Marca e o Princípio da Especialidade*, in *Direito Industrial – VOL. IV*, Almedina, 2005;

FELDWICK, Paul, *Comunicação da marca* in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015;

FREITAS, Célia, *Automóvel. Desconformidade. Dever de Informação*. 2002, in *Conflitos de Consumo*, Almedina, 2006;

GERALDES, Ana Luísa, *O Direito da Publicidade*, Instituto do Consumidor, Lisboa, 1999;

GONÇALVES, Luís Couto,

- *Função Distintivo da Marca*, Coleção teses, Almedina, 1999;

- *Objecto. Sinais Protegíveis. Modalidades*, in *Direito Industrial – VOL. VI*, Almedina, 2009;

- *Manual de Direito Industrial*, 5ª Edição, Almedina, 2014;

HILTON, Steve, *O valor social das marcas*, in CLIFTON, Rita; SIMMONS, John, *O Mundo das Marcas*, Actual Editora, 2015;

JOSE, Pedro Quartin Graça, *O Novo Direito da Publicidade, Código da Publicidade e Legislação Complementar*, Vislis Editores, 1999;

LANÇA, Hugo, *Em defesa da função publicitária da marca*, in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, n.º 17 – 2010;

LEITÃO, Adelaide Menezes, *Palavras-chave, Publicidade, Uso da Marca e Concorrência Desleal*, in *Direito Industrial – VOL VIII*, Almedina, 2012.

LEITÃO, Luis Menezes:

- *O Novo Regime da Venda de Consumo*, in *Estudos do Instituto de Direito do Consumo- Vol.II*, Almedina, 2004;

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, 9ª edição, Almedina, 2010;

- *As Práticas Comerciais Desleais nas Relações de Consumo*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 71, Lisboa, Abril/Junho 2011, 2012;

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra Editora, 2005;

MONTEIRO, António Pinto:

- *Sobre o Direito do Consumidor em Portugal*, in Estudos do Direito do Consumidor – n.º 4, Centro de Direito do Consumo, 2002;

- *Garantias na Venda de Bens de Consumo, a Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, in Estudos do Direito do Consumo, Centro de Direito do Consumo, 2003;

MOURA, António Souto, *As Funções da Marca e a Tutela Jurídica da Expectativa do Consumidor*, 2016;

OLAVO, Carlos, *Propriedade Industrial*, Vol. I Sinais Distintivos do Comércio, Concorrência Desleal, 2ª edição, Almedina, 2005;

OLIVEIRA, Elsa Dias, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, 2002;

OLIVEIRA, Fernando Baptista, *O Conceito de Consumidor Perspectivas Nacional e Comunitária*, Almedina, 2009;

PINTO, Paulo Mota:

- *Conformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo, A Directiva 1999/44/CE e o direito português*, in Estudos de Direito do Consumido – N.º 2, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 2, 2000;

- *O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo*, in Revista da Ordem dos Advogados, 2002, Ano 62, Vol. I;

Os Direitos dos Consumidores, Ministério da Justiça;

Parecer das 13.ª, 18.ª e 20.ª Secções, ouvida a 11.ª Secção, da Câmara Corporativa sobre a respectiva proposta de lei, nos termos do artigo 105.º da Constituição, Propriedade Industrial, República Portuguesa, Lisboa, 1937;

Parecer do Conselho Consultivo da PGR, processo n.º PGRP00000515, votação datada de 15-12-1992, relator Salvador da Costa;

PETRY, Diogo; FORTES, Vinícius Borges, *Relação de Consumo: Consumismo*, EDUCS, 2010;

PINTO, Alexandre Mota, *Venda de Bens de Consumo e Garantias, o Direito Vivido nos Tribunais*, in I Congresso de Direito de Consumo, Almedina, 2016;

PRATA, ANA, Dicionário Jurídico, volume I, 5.^a edição, Almedina, 2011;

RODRIGUES, Luís Silveira, *Defesa do Consumidor e Direito Industrial*, in Direito Industrial – VOL IV, Almedina, 2005;

RODRIGUES, Luís Silveira, *Defesa do Consumidor e Direito Industrial*, in Direito Industrial – VOL III, Almedina, 2003;

SERENS, Nogueira, *A Proibição da Publicidade Enganosa: Defesa dos Consumidores ou Protecção (de alguns) dos Concorrentes?*, in Boletim de Ciências Económicas, Vol. 37, 1994;

SILVA, João Calvão da:

- *Responsabilidade Civil do Produtor*, colecção teses, Almedina, 1990;

- *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 4.^a edição, Almedina, 2006;

- *Venda de Bens de Consumo*, 4.^a edição, Almedina, 2010;

SILVA, Pedro Sousa e:

- *Direito Industrial Noções Fundamentais*, Coimbra Editora, 2011;

- *Sinal e Marca, as marcas não tradicionais*, in Direito Industrial –VOL VIII,

Almedina, 2012;

SIQUEIRA, Nuno de; CRUZ, Duarte Ivo, *Notas sobre defesa do consumidor*, in Ciência e Técnica Fiscal, n.º 149, 1972;

TENREIRO, Mário Paulo, *O Regime Comunitário da Publicidade Enganosa*, in Comunicação e defesa do consumidor, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1996;

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.^a edição, Almedina, 2008;

VICENTE, Dário Moura, *Desconformidade e Garantias na Venda de Bens de Consumo: a Directiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, in Themis, ano III, n.º 4, 2001;

VVAA, com coordenação de António Campinos e Luís Couto Gonçalves, *Código da Propriedade Industrial Anotado*, 2ª edição, Almedina, 2015;

VVAA, CARVALHO, Jorge Morais; CRUZ, Sofia; FÉLIX, Pedro; TELES, Joana Galvão; *Venda de Bens de Consumo: Garantia das Peças Inseridas num Bem no Âmbito da sua Reparação*, in Conflitos de Consumo, Almedina, 2006;

Jurisprudência:

Tribunal da Relação de Lisboa:

- Processo n.º 10288/2008-7, datado de 17-02-2009, relator Rosa Ribeiro Coelho;
- Processo n.º 0018292, datado de 06-11-1997, relator Ferreira Girão;
- Processo n.º 1.333/05.5TYSB-8, datado de 16-07-2009, relator Bruto da Costa;
- Processo n.º 33/06.3TYLSB.L1-6, de 26-11-2009, relator Márcia Portela;
- Processo n.º 484/12.4YHLSB.L1-7, datado de 18-11-2014, relator Roque Nogueira;
- Processo n.º 885/05.4TYLSB.L1-7, datado de 15-05-2012, relator Maria João Areias;

Tribunal da Relação de Coimbra:

- Processo n.º 452/13.9TBCBR.C1, datado de 03.11.2015, relator Jorge Arcanjo;

- Processo n.º 1141/10.1TBMGR-A.C1, datado de 18.12.2013, relator José Avelino Gonçalves;

- Processo n.º 1684/08.7TBCBR.C1, datado de 01.03.2016, relator Jorge Arcanjo;

Tribunal da Relação do Porto:

- Processo n.º 0831242, datado de 26.06.2008, relator Ana Paula Lobo;

- Processo n.º 298/11.9TBPFR.P1, datado de 08.05.2014, relator Leonel Serôdio;

- Processo n.º 1073/2000.P1, datado de 14.07.2010, relator Henrique Antunes;

Supremo Tribunal de Justiça:

- Processo n.º 1174/12.3TVLSB.L1.S1, datado de 17-12-2015, relator Maria de Graça Trigo;

- Processo n.º 3/05.9TYLSB.P1.S1, datado de 13.07.2010, relator Fonseca Ramos;

- Processo n.º 235/05.0TYLSB.L1.S1, datado de 28-09-2010, relator Helder Roque;

- Processo n.º 1097/04.0TBLLE.E1.S, datado de 20.10.2011, relator Moreira Alves;

- Processo n.º 1944/11.0TBPBL.C1.S1, datado de 08.10.2015, relator João Bernardo;

- Processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1, datado de 05-05-2015, relator João Camilo;

- Processo n.º 822/06.9TBVCT.G1.S1, datado de 30.09.2010, relator Maria dos Prazeres Pizarro Beleza;

- Processo n.º 1725/12.3TBRG.G1.S1, datado de 05-05-2015, relator João Camilo.

Legislação:

Directiva 89/104/CEE - Primeira Directiva do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-membros em matéria de marcas (89 / 104 /CEE);

Directiva n.º 1999/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999 relativa a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas;

Directiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Directiva 84/450/CEE do Conselho, as Directivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004;

DL n.º 446/85, de 25 de Outubro, na redacção dada pelo DL n.º 323/2001, de 17/12;

DL n.º 57/2008, de 26 de Março, relativo às práticas comerciais desleais;

DL n.º 70/2007, de 26 de Março, responsável pela regulamentação das práticas comerciais com redução de preço;

DL n.º 330/90, de 23 de Outubro, na versão do Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de Abril – Código da publicidade;

DL n.º 47344/66, de 25/11, na versão da Lei n.º 150/2015, de 10/09 – Código Civil;

Lei n.º 1/92, de 25/11, na versão da Lei n.º 1/2005, de 12/08 – Constituição da República Portuguesa.

Websites:

<http://www.pordata.pt/Europa/Consumo+final+total++p%C3%BAblico+e+privado+em+percentagem+do+PIB-1768-209094>, consultado em 18.08.2016, às 12h34;

<http://www.marcasepatentes.pt/index.php?section=126>, consultado em 20.12.2015, às 22h30;

<http://www.marcasepatentes.pt/index.php?section=125>, consultado em 20.12.2015, às 22h43;

<https://empresa.nestle.pt/criacaodevalorpartilhado/desenvolvimentorural>; consultado a 26.04.2016, às 19:34;

<http://www.quintadosacores.com/pt/quem-somos/visao-e-valores>, consultado a 26.04.2016, às 20:07;

<http://www.mars.com/portugal/pt/press-center/press-list/news-releases.aspx?SiteId=232&Id=7019>; consultado a 26.04.2016, às 23:06;

http://economico.sapo.pt/noticias/airbags-recolha-de-53-milhoes-de-carros-pode-custar-2-mil-milhoes_219097.html; ambos visitados a 26.04.2016, às 23:08.